Der Begriff „abhanden gekommen“ im § 935 Abs. 1 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Ernst Wilhelm Crull

Referendar aus Rostock.

1928.

Buchdruckerei Richard Beckmann, Rostock i. M.

Referent: Prof. Dr. Henle.

Inhalts-Verzeichnis:

Seite

§ 1. Einleitung: Geschichtlicher Überblick, insbesondere die deutschrechtliche Regel „Hand wahre Hand" 7

Hauptteil:

A. Die Regelung des BGB. im allgemeinen.

§ 2. Kann § 935 Abs. 1 extensiv ausgelegt werden? . . 14

§ 3. Der Rechtsgedanke „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff. 19

§ 4. Der Begriff „abhanden gekommen" im § 1007 Abs. 2 29

B. Einzelne Fälle des Abhandenkommens.

§ 5. „Gestohlen", „verloren gegangen" und „sonst abhanden gekommen" 33

§ 6. Abhandenkommen infolge fehlender Geschäftsfähigkeit oder eines Willensmangels 38

§ 7. Abhandenkommen von Erbschaftssachen 43

§ 8. Abhandenkommen von Bestandteilen und Früchten . . 45

§ 9. Schluß 47

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1835.

Biermann: Kommentar, Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.

Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer in ihrer Ausgestaltung durch BGB. § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinmöglichste Maß. Leipzig 1908.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.

Code Napoléon Straßburg 1808.

Corpus Juris Civilis.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Bd. 7. und 8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 3. Bd. Tübingen 1905.

Delbrück: Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 2. Aufl. 2. Bd. Mannheim und Leipzig 1910.

Ehrenberg: In Iherings Jahrbüchern Bd. 47, S. 273 ff.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Bd. 1. Abt. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus: Allgem. Teil. 25.—29. Aufl. Marburg 1926.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerl. Recht 2. Bd. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.)

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch, 7. Aufl. München 1906.

Francke: In Seufferts Blätern für Rechtsanwendung Bd. 73, S. 895 ff.

Fressel: Der Begriff des Abhandenkommens im BGB. § 935. Göttinger Diss. 1911.

Fuld: Im Archiv für zivil. Praxis Bd. 89, S. 402 ff.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.

Gierke: Deutsches Privatrecht, 2. Bd. Sachenrecht. Leipzig 1905.

Gnatzy: Der Begriff der abhanden gekommenen Sachen nach dem BGB. Erlanger Diss. 1912.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerl. Gesetzbuch 2. Bd. Sachenrecht. Berlin 1912.

Goldschmidt: In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 8, S. 225 ff.

Hedemann: Sachenrecht des BGB. Berlin und Leipzig 1924.

Henle: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1. Allgem. Teil. Berlin 1926.

Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der jurist. Willenserklärung. Leipzig 1910.

Henle: Das Recht auf Besitz (§ 1007 BGB.). Rostock 1928.

Henle: In J.W. 1926 II. S. 2237.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1. Bd. Leipzig 1885.
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.
Kamnitzer: Der Begriff „abhanden kommen" und seine rechtliche Bedeutung. Heidelberger Diss. 1912.
Kellerhoff: Über den Begriff „abhanden kommen" im § 935 BGB. Jenaer Diss. 1909.
Kern: Entwicklung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren". Breslauer Diss. 1881.
Kipp: Das Erbrecht. 5. Bearb. Marburg 1923.
Kuhlenbeck: Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Bd. 2. Aufl. Berlin 1904.
Lamza: Der Begriff der abhanden gekommenen Sache nach dem BGB. Breslauer Diss. 1921.
Lämmerhirt: Über den Begriff der gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen im § 935 BGB. Göttinger Diss. 1927.
Lenel: In Literaturbeilage zur D.J.Z. 1909. S. 1097.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 3. Aufl. Berlin 1900.
Meisner: Kommentar, Sachenrecht, Breslau 1901.
Meister: Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im Deutschen Recht. In Festschr. für Adolf Wach, 3. Bd. Leipzig 1913.
Meyer: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerl. Recht. München 1909.
Meyer: Entwertung und Eigentum im Deutschen Fahrnisrecht, Jena 1902.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. 3. Sachenrecht. Amtl. Ausgabe, 2. Aufl. Berlin 1896 (Mot.).
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. 3. Bd. Berlin 1899.
Oblasser: Der Begriff „abhanden kommen" im Sinne des BGB. unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Heidelberger Diss. 1906.
Oertmann: In Seufferts Blättern für Rechtsanwendnung, Bd. 74 S. 573 ff.
Pillmann: Abhanden gekommene Sachen. Rostocker Diss. 1922.
Planck: Kommentar 3. Bd. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.
Planitz: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Berlin 1925.
Planitz: In Zeitschr. für Rechtsgeschichte. (Germ. Abt.) 34. Bd. 1913, S. 424 unten ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 3, Sachenrecht. Berlin 1899. (Prot.)
Rayner: „Hand wahre Hand" in den Volksrechten. Münstersche Diss. 1909.
Regelsberger: In Iherings Jahrb. Bd. 47, S. 339 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. 3. Bd. Sachenrecht. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928. (R.G.R.)
Riese: Was ist unter „abhanden gekommenen Sachen" im Sinne von § 935 BGB. zu verstehen? Erlanger Diss. 1917.
Rosenberg: Kommentar. Sachenrecht. München 1919.
Sachsenspiegel oder Sächs. Landrecht. Mit Übersetzung herausgegeben von Prof. Dr. Sachße. Heidelberg 1848 (Ssp.).
Schreuer: Deutsches Privatrecht, Stuttgart 1921.
Schultze: Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung. In Festgabe für Felix Dahn. I. Teil, Breslau 1905.

Schultze: In Iherings Jahrbüchern Bd. 49. S. 159 ff.
von Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Staudinger-Kober: Kommentar, 3. Bd. Sachenrecht. 1. Teil. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1926.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1896.
Stutz: In Zeitschr. für Rechtsgeschichte (German. Abt.) 34. Bd. 1913, S. 726 ff.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 2. Bd. Tübingen 1927.
Wendt: Im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 89, S. 1 ff.
Wilderink: Die deutschrechtliche Regel „Hand muß Hand wahren" im BGB. Heidelberger Diss. 1912.
Wolff: Sachenrecht. (6.) 7. Bearb. Marburg (1926) 1927.

§ 1.

Geschichtlicher Überblick, insbesondere die deutschrechtliche Regel „Hand wahre Hand".

I.

Von Ulpian[1]) stammt der römische Rechtssatz: Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. Wenn dieser Satz auch nicht, wie es scheinen könnte, eine logische Selbstverständlichkeit enthält, so ist es doch recht einleuchtend, daß niemand Rechte Anderer an einen Dritten übertragen kann. Besonders im Hinblick auf die Schwierigkeiten, welche die rechtliche Konstruktion des heute geltenden gutgläubigen Eigentumserwerbes macht — derivativ oder originär? —, erscheint es nicht verwunderlich, daß die begriffsklaren Römer von einem solchen Eigentumserwerb überhaupt nichts wußten. Einen Ersatz dafür bot im römischen Recht die kurze Ersitzungszeit. Vor Ablauf derselben konnte jedoch der Eigentümer mit der rei vindicatio gegen jeden vorgehen, der die Sache in seinem Besitz hatte. Die Konsequenz aus dem oben genannten römischen Rechtssatz kommt daher in dem weiteren zum Ausdruck: Ubi rem meam invenio, ibi vindico.

II.

Da im älteren deutschen Recht nicht das Eigentum, sondern die Gewere im Vordergrund stand[2]), kannte dasselbe keine auf das Eigentumsrecht gegründete Klage, sondern gewährte demjenigen, der eine bewegliche Sache durch Raub oder Diebstahl aus seiner Gewere verloren hatte, zur Wiedererlangung derselben die Fahrnisklage gegen jeden Dritten in Gestalt der Anefangsklage. Den engeren Gegensatz zu den gestohlenen und geraubten Mobilien bildeten die anvertrauten Sachen. Für diese galt der Grundsatz

[1]) L. 54 D. (R.I.) 50, 17.

[2]) s. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 2 u. 9 f.: „Als Kleid des Sachenrechts ist sie die rechtlich anerkannte Erscheinungsform aller dinglichen Rechte". „Solange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund."

„Hand wahre Hand", d. h. der Anvertrauende war auf eine schlichte Klage gegen denjenigen beschränkt, dem er die Gewere überlassen hatte. Erst die Gegenüberstellung von Anefangsklage und „Hand wahre Hand"-Prinzip bewirkte dann [3]), daß der deliktische Charakter der Anefangsklage allmählich verloren ging, indem der Kreis der gestohlenen und geraubten Sachen auf alle unfreiwillig verlorenen ausgedehnt wurde.

Daß aber die Anefangsklage auch weiterhin in allen Fällen freiwilligen Gewereverlustes ausgeschlossen war, bedarf keiner besonderen Begründung. War die Klage, die sich gegen jeden dritten Besitzer richtete, weder Delikts- noch Eigentumsklage, so kann sie nur eine Klage aus der älteren leiblichen Gewere gewesen sein, deren Fundament die schlechtere Gewere des gegenwärtigen Inhabers gegenüber der besseren des früheren bildete [4]). Eine solche Klage kann unmöglich demjenigen zugestanden haben, der seine Gewere durch freiwillige Hingabe selbst beendigt hatte [5]). Weswegen sollte seine Gewere geschützt werden? Wesensnotwendig setzt daher die Anefangsklage unfreiwilligen Gewereverlust voraus; jede freiwillige Hingabe schneidet die Fahrnisklage aus früherer leiblicher Gewere ab. Insofern ist auch die allgemein übliche Identifizierung der anvertrauten Mobilien mit allen freiwillig aufgegebenen einerseits und der althergebrachte Trennungsstrich zwischen diesen Sachen und den unfreiwillig verlorenen andererseits durchaus gerechtfertigt. Aber die Erweiterung des „Hand wahre Hand"-Grundsatzes auf alle Fälle freiwilligen Gewereverlustes zur Bezeichnung der Gruppe, die der Anefangsklage nicht unterlag [6]), ist nicht nur überflüssig, sondern entbehrt auch jeder rechtlichen Grundlage.

Obwohl die maßgebende Formulierung des „Hand wahre Hand"-Prinzips im Sachsenspiegel II Art. 61 (60) § 1 mit den ausdrücklich genannten Fällen der Leihe und Satzung zweifellos nur Beispiele aufzählt und keinen Gegensatz zwischen der Hingabe im Interesse des Empfängers und im Interesse des Gebers schaffen

[3]) Bestritten, s. darüber die Literaturangaben bei Meister, S. 60 unter Ziff. 2 zu Anm. 1 auf S. 59. Im Sinne des Textes insbesondere Schultze in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 173 unten: „Gegenspiel des H. w. H.-Gedankens", und H. Meyer, Entwerung und Eigentum S. 51 oben.

[4]) vgl. Planitz, Grundzüge des dtsch. Privatrechts § 55 II 1. Wolff § 23 Anm. 1 spricht von der deutschrechtliche Klage aus älterer leiblicher und gegenwärtiger ideeller Gewere. Letztere wird für das Fahrnisrecht allgemein geleugnet.

[5]) So auch Planitz in Z. f. R. G. Germ. Abt. 34, S. 425.

[6]) Diese Bezeichnungsweise entspricht der herrschenden Lehre; vgl. insbes. Stutz S. 731 ff. gegen Meister.

will, so darf daraus doch noch kein allgemeiner Grundsatz für sämtliche Fälle freiwilliger Gewereaufgabe hergeleitet werden [7]). Denn diese Stelle setzt voraus, daß der Geber eine vertragliche Rückgabeforderung, die Berechtigung zur Klage um anvertrautes Gut, gegenüber dem Empfänger hat, die er bei einfacher Gewereaufgabe bezw. Gewereübergabe nicht haben würde. Seinem Wortlaut entsprechend erfordert daher das „Hand wahre Hand"-Prinzip ein Vertrauensverhältnis, ja es beruht ganz auf den Beziehungen zwischen Treugeber und Treuhänder [8]). In seiner anderen Wortwendung „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt du ihn suchen" kommt der Rechtsgedanke mit solcher Deutlichkeit zum Ausdruck, daß das Anvertrauen nicht nur als typischer Normalfall gewertet werden kann.

Der Gedanke, daß ein Vertrauensverhältnis an sich nicht erzwingbar ist, rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß auch die Gewereüberlassung auf Grund des Vertrauensverhältnisses freiwillig erfolgen müsse. Dies kann jedoch aus Ssp. II Art. 25 (24) § 2 gefolgert werden, wonach jemand, der ungezwungen von seinem Gut abgeht, der Gewere mit Recht verlustig sein soll. Wird demnach für jeden rechtmäßigen Gewereverlust das Moment der Freiwilligkeit erfordert, so muß auch eine Gewereüberlassung, an die sich „Hand wahre Hand"-Wirkungen knüpfen, auf dem freien Willen des bisherigen Inhabers beruhen [9]). Vorausgesetzt wird also die freiwillige Übergabe einer Mobilie zur Leihe, Miete, Pacht, Aufbewahrung, zum Pfand oder dergl. Somit ist H. Meyer [10]) durchaus zuzustimmen, wenn er kurz zusammenfassend sagt: „Es muß daher der Grundsatz „Hand wahre Hand" bei jeder freiwilligen Hingabe mit Rückfallsgeding — commendatio — gelten und kann nur bei einer solchen gelten."

---

[7]) Gegen Goldschmidt Bd. 8 S. 249 Anm. 9, der sich der gemeinen Meinung anschließt; vgl. auch Kern S. 40 unten und S. 41 oben.

[8]) s. hierzu die Dissertation von Rayner „Hand wahre Hand" in den Volksrechten I. Teil. Auch Schultze a. a. O. S. 167 und 176 fordert das Gewährschaftsmoment vom Standpunkt materieller Gerechtigkeit, lehnt es aber im Gegensatz zu Zycha Z. f. schweiz. Recht 44, 74 ff. als historischen Grund für die Beschränkung der Eigentumsverfolgung mit der Begründung ab, daß sich ein Klagerecht des Eigentümers gegen den unredlichen Dritten sehr wohl mit der unbedingten strengen Personalhaftung des Vertrauensmans vertragen hätte. (Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 14 Anm. 41.) Quod erat demonstrandum!

[9]) vgl. Lamza S. 9 gegen Oblasser S. 14.

[10]) H. Meyer a. a. O., S. 51, 61, ohne jedoch selbst seinen Standpunkt konsequent durchzuführen.

Mit der Erklärung des „Hand wahre Hand"-Prinzips aus sich selbst heraus sind alle Theorien[11]) abzulehnen, die seine innere Begründung in anderen Ursachen finden wollen. Es erübrigt sich insbesondere der Streit um die Publizitätstheorie, die auch H. Meyer für die Richtigkeit seines oben zitierten Satzes ins Feld führt. Die sonst unvermeidliche Frage[12]), ob die besondere Publizitätswirkung der Gewere, die Legitimationskraft im Sinne einer bloßen Verfügungsmöglichkeit, erst eine Wirkung der „Hand wahre Hand"-Regel darstellt oder umgekehrt die Grundlage jener dem germanischen Recht eigentümlichen Regelung bildet, erweist sich jetzt als müßig. Nichts anderes steht in Rede als der elementare germanische Rechtsgedanke, nach dem das Vertrauenschenken stets auf eigene Gefahr erfolgen soll, gleichgültig ob der Vertrauensmann selbst das Vertrauen mißbraucht oder ob er die Sache unfreiwillig verliert. Das allein ist der Sinn der deutschen Rechtssprichwörter „Hand wahre Hand" oder „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt du ihn suchen". Das von H. Meyer[13]) herangezogene deutschrechtliche Veranlassungsprinzip würde als Erklärung für den Ausschluß der Anefangsklage in allen Fällen freiwilligen Gewereverlustes den „Hand wahre Hand"-Gedanken gar nicht berühren. Aber ganz abgesehen von der Entbehrlichkeit einer solchen Erklärung erscheint es schon gewagt, den schuldrechtlichen Begriff der Veranlassung ins Sachenrecht zu übernehmen, zumal auch das Unterscheidungsmerkmal der Freiwilligkeit als subjektives Moment dem Veranlassungsprinzip widersprechen würde.

Das „Hand wahre Hand"-Prinzip steht völlig selbständig da. Will man es aber nicht mit Meister[14]) ebenfalls als wertlose Billigkeitserwägung abtun, da die Anefangsklage notwendig in allen Fällen freiwilligen Gewereverlustes ausgeschlossen war und eine Eigentumsklage im germanischen Recht überhaupt nicht existierte, so bleibt nur die Möglichkeit übrig, an die Stelle des Prinzips von praktischer Bedeutung ausschließlich den elementaren Rechtsgedanken zu setzen, der die Entwicklung der Anefangsklage wesentlich beein-

[11]) Eine gute Übersicht über diese gibt Rayner im II. Teil seiner Diss.

[12]) s. Meister S. 11 ff., 18 ff.

[13]) H. Meyer, Das Publizitätsprinzip S. 85 ff. und S. 94. Für das Grundbuchrecht vgl. die Gegenargumentation von Wolff § 45 Anm. 23.

[14]) Meister, S. 65 unten. Auf Grund seiner Theorie vom Fehlen der dinglichen Klage leugnet er jede historische Kontinuität. Für die im Text vertretene Ansicht ist es gleichgültig, ob die Anefangsklage dinglich war oder nicht. Doch ist bei der relativ-absoluten Natur der Klage das erste anzunehmen. Vgl. dazu Gierke, Dtsch. Privatrecht II § 134 I 1 a S. 555: „Die Klage dringt gegen jeden durch, der die Sache in seiner Gewere hat, er müßte denn ein besseres Recht auf die Gewere dartun."

flußte und sich im übrigen erst nach der Ausbildung der Eigentumsklage praktisch auswirken konnte [15]). Mit dieser Auffassung ist auch der geschichtliche Zusammenhang von germanischem und geltendem bürgerlichen Recht gesichert.

In der Zeit nach der Ausdehnung der Anefangsklage auf alle Fälle unfreiwilligen Gewereverlustes bis zur Ausbildung der Eigentumsklage hat also das Rechtssprichwort „Hand wahre Hand" keine praktische Bedeutung erlangen können. Der germanische Rechtszustand ist insofern ohne Belang. Wäre der Satz „Hand wahre Hand" von praktischer Bedeutung gewesen, so hätte nichts im Wege gestanden, auf Kosten des Anvertrauenden auch den Eigentumserwerb des Dritten eintreten zu lassen. Aber dem Umstande, daß in allen Fällen des unfreiwilligen Gewereverlustes nur die Gewere geschützt wurde, entspricht es, daß in allen Fällen freiwilliger Gewerehingabe nur die Gewere verloren wurde, und nicht das Recht selbst. Die gegenteilige Auffassung, im germanischen Recht sei mit dem rechtmäßigen Gewereverlust zugleich der Eigentumsverlust eingetreten [16]), beruht auf einer Überschätzung der Gewerebedeutung und wird heute kaum noch vertreten. In Wirklichkeit bestand das alte Eigentum fort, wenn auch der Dritte sich ungestört an dem habere licere erfreuen konnte. Wurde z. B. die Gewere dessen, dem die Sache anvertraut war, wieder hergestellt, dann hatte der Eigentümer wieder die Klage um anvertrautes Gut, und falls der Eigentümer selbst durch einen Zufall die Gewere zurückgewann, so schlug er auch die Fahrnisklage eines Dritten mit der Berufung auf sein Eigentum zurück [17]). Es gab keinen gutgläubigen Eigentumserwerb. Das ältere deutsche Recht strebte nur den Schutz des bestehenden Rechts gegen unredlichen Erwerb an [18]), freilich mit unzulänglichen Mitteln.

III.

Erst infolge der Rezeption wurde die römische Vindikationslehre gemeines Recht. Erst jetzt bildete der Satz „Hand wahre Hand", der sich in einigen Partikularrechten, insbesondere im Recht der Hansestädte aufrecht erhielt, eine der Rechtfertigung bedürfende Ausnahme von der Vindikation [19]). Offenbar hat aber die Ver-

[15]) vgl. Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, § 55 I 1.
[16]) so z. B. Pillmann, S. 2: „Wer die Gewere verlor, verlor nicht nur den Besitz, sondern auch das Recht."
[17]) Gierke a. a. O., § 134 I 1 c E. (S. 561).
[18]) vgl. Regelsberger S. 349.
[19]) Planitz a. a. O., § 54 Ende, § 55 III.

mischung deutschrechtlicher und römischrechtlicher Gedanken die Begriffe verwirrt. Zwar ist auch in der Folgezeit noch häufig vom Anvertrauen die Rede, doch genau betrachtet sind damit meist alle Fälle der freiwilligen Hingabe gemeint. Man hat also das durch die Anefangsklage begründete Unterscheidungsmerkmal der Freiwilligkeit stillschweigend auf die rei vindicatio übertragen, ohne hierzu einen besonderen Grund zu haben. Was sich bei der Anefangsklage von selbst ergab, wird der Eigentumsklage künstlich aufoktroyiert. Eine Rechtfertigung der Ausnahme von der Vindikation durch den Satz „Hand wahre Hand" liegt darin gewiß nicht begründet. Diese erforderte vielmehr ein Zurückgreifen auf den germanischen Rechtsgedanken, nach dem lediglich das Vertrauenschenken auf eigene Gefahr erfolgen soll. Ein solcher Rückgriff war um so notwendiger, als der prozessuale Schutz des Dritten gegen die Mobiliarklage zum Eigentumserwerb gesteigert wurde, dem der Rechtsverlust des ursprünglichen Eigentümers entsprach. Billigerweise knüpfte man daran unter dem Einfluß der römischen Ersitzungslehre noch das Erfordernis des guten Glaubens, oft sogar auch eines gehörigen Usukapionstitels. Trotz der starken Modifizierung des „Hand wahre Hand"-Satzes durch diese neuen Elemente bleibt aber der geschichtliche Zusammenhang ohne weiteres ersichtlich.

IV.

Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten wurde im wesentlichen von römisch-rechtlichen Grundsätzen beherrscht. Doch hat es jedem redlichen Erwerber fremder Sachen ein Lösungsrecht gegeben, d. h. dieser konnte von dem rechtmäßigen Eigentümer Ersatz des Gezahlten fordern, wenn er die Sache entgeltlich von einer unverdächtigen Person erlangt hatte [20]). Hier taucht bereits der Begriff der abhandengekommenen Sache auf, worunter aber in Anlehnung an den römischen Furtumsbegriff auch die unterschlagene Sache fiel.

Ebenfalls auf römisch-rechtlichem Boden steht prinzipiell das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch. Doch gelten wichtige Ausnahmen nach § 367 insbesondere für den Fall, daß der redliche Besitzer einer beweglichen Sache diese gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger anvertraut hatte. Hier wird der Eigentumserwerb des Dritten ausdrücklich ausgesprochen.

[20]) A.L.R. I, 15 §§ 25 ff. Das Lösungsrecht stammt aus mittelalterlichen Rechten und ist heute nur noch landesrechtlich für öffentliche Pfandleihanstalten aufrecht erhalten. (Art. 94 Abs. 2 E. G. BGB.)

Den grundsätzlichen Ausschluß der Eigentumsklage erkennt dagegen das französische Recht im Code civil art. 2119 und art. 2279 an. Ausdrücklich zugelassen ist hier nur die Vindikation von gestohlenen und verlorenen Sachen innerhalb von 3 Jahren. Eine ähnliche Regelung findet sich dann im Art. 306 des alten deutschen Handelsgesetzbuches wieder, in dem abgesehen von der Hervorhebung jener 2 Ausnahmen (Abs. 4) dem redlichen Dritten Eigentum zugesprochen wurde. Es ist ohne weiteres klar, daß diese Bestimmungen über den „Hand wahre Hand"-Rechtsgedanken weit hinausgehen. Doch hat sich wenigstens das Reichsgericht sowohl bezüglich art. 2279 Code civil wie auch bei Art. 306 Abs. 4 H.G.B. für eine extensive Auslegung entschieden [21]). Diese konnte freilich nie so weit gehen, daß die im Gesetz hervorgehobenen Fälle der gestohlenen und verlorenen Sachen nur als wichtige Beispiele des Nichtanvertrauens aufgefaßt wurden. Hier war mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes lediglich die Zweiteilung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust möglich. Nur im letzten Falle wurde die Vindikation gegen Dritte zugelassen. Immerhin scheint aber auch das Reichsgericht die richtige Vorstellung vom Satze „Hand wahre Hand" gehabt zu haben. In der oben zuerst genannten Entscheidung verweist es auf den Standpunkt der Nürnberger Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches: „Durch vorstehendes Amendement wird der Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß bei einem *Mißbrauche* des Vertrauens derjenige, welcher sein bewegliches Eigentum einem andern anvertraut hat, dem redlichen Erwerber nachsteht". Ferner wird hervorgehoben, daß „im Sinne des Gesetzes fragliche Bestimmung *mindestens* alle diejenigen Fälle umfassen soll, in denen jemand wider seinen Willen und ohne sein Zutun den Gewahrsam einer Sache verloren hat". Tatsächlich unterstellte man teilweise dieser Vorschrift auch diejenigen Fälle, in denen die Sache durch Verwechslung, Irrtum oder durch rechtlich nicht vollgültigen Willen aus dem Besitz des Eigentümers gekommen war [22]).

Im § 879 des ersten Entwurfes zum BGB. wurde die Fassung „gestohlen oder verloren" erweitert durch Hinzufügung der Worte „oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Innehabung gekommen ist". Es muß bezweifelt werden, ob diese Änderung ihrem Zweck gerecht wurde: Man gedachte, dadurch den unfreiwilligen Verlust

[21]) R.G. 1, S. 255 ff. und S. 418; vgl. Kamnitzer S. 15 f.
[22]) s. darüber Endemann, Handbuch des Handelsrechts, II S. 62.

als prinzipielle Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Eigentums auszuprägen [23]). Jedenfalls ist die vereinfachte Fassung des zweiten Entwurfs „oder sonst abhanden gekommen", durch die keine sachliche Änderung erzielt werden sollte, [24]) in den § 935 Abs. 1 BGB. übergegangen und nunmehr die Veranlassung zu zahlreichen Streitfragen geworden.

A. Die Regelung des BGB. im allgemeinen.

§ 2.

Kann § 935 Abs. 1 extensiv ausgelegt werden?

I.

Daß die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches den Satz „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff. zum Ausdruck bringen wollten, ist unbestritten und geht aus den gesamten Materialien, insbesondere aus den Motiven [1]) zur Genüge hervor. Die Tatsache aber, daß die eigentümliche Ausgestaltung der Anefangsklage mit ihrem Unterscheidungsmerkmal der Freiwilligkeit und nicht der Rechtsgedanke des Vertrauenschenkens auf eigene Gefahr zu Grunde gelegt wurde, hat Binding [2]) veranlaßt, die Anknüpfung an den Satz „Hand wahre Hand" rundweg als zu äußerlich hinzustellen, um die Auslegung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches davon abhängig zu machen. Er will den § 935 Abs. 1, der im Gegensatz zu den vorhergehenden Paragraphen bei gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen den Eigentumserwerb des redlichen Dritten an Mobilien nicht zuläßt, mit Rücksicht auf die Rechtsanschauungen und Rechtsbedürfnisse der Gegenwart berichtigend dahin auslegen, daß auch alle unterschlagenen Sachen unter den unklaren Begriff „oder sonst abhanden gekommen" fallen. Schon durch argumentum e contrario aus § 935 Abs. 1 Satz 2 wird m. E. die Unmöglichkeit dieser Auslegung bewiesen. Wenn Binding [3]) den Satz 2 dahin auslegen will, daß dieser „von den

---

[23]) vgl. Mot. S. 348.
[24]) s. Prot. III S. 213, 214, V S. 724, 725, VI S. 233, 234; Mugdan, S. 636.
[1]) Motive, S. 342, 348.
[2]) Binding, S 8, 18, 29.
[3]) Binding, S. 32.

Unterschlagungsfällen als durch den ersten Satz erledigten nicht sprechen wolle", so vergißt er, daß er bei Satz 1 erst eine „berichtigende" Auslegung hat vornehmen müssen. Sein weiteres Argument, es sei ein strafrechtlicher Grundsatz, daß durch ein Aneignungsverbrechen dem dadurch Betroffenen das Eigentumsrecht schlechterdings nicht entzogen werden dürfe, ist bereits von Lenel zutreffend zurückgewiesen worden [4]).

Bindings Auslegungsmethode, die Ablehnung des Satzes „Hand wahre Hand" de lege lata hat nirgends Beifall gefunden. Sie widerspricht auch dem Sinn unseres Gesetzes. Andererseits muß Binding zugegeben werden, daß der Wortlaut nicht maßgebend sein kann. Der Ausdruck „abhanden gekommen" ist viel zu allgemein gehalten. Im Sprachgebrauch des täglichen Lebens bedeutet er, daß einem etwas weggekommen ist. Ob mit oder ohne meinen Willen, dürfte gleichgültig sein [5]). Gerade über die Art des Verlustes ist man im Unklaren. Weiß man, wie einem die Sache aus den Händen kam, so pflegt man sich einer konkreteren Ausdrucksweise zu bedienen. Daher wird man die verlegte Sache eher als die gestohlene eine abhanden gekommene nennen.

Das Gesetz selbst bietet keine Handhabe um den Begriff des Abhandenkommens genau zu begrenzen. Auch das vorher eingeschobene Wörtchen „sonst" besagt nur, daß die gestohlenen und verloren gegangenen Sachen als abhanden gekommene angesehen werden, daß der letzte Ausdruck den gemeinsamen Oberbegriff darstellt. Nur die geschichtliche Entwicklung kann die entscheidende Lösung bringen. Erforderlich ist ein Zurückgreifen auf den germanischen Rechtssatz „Hand wahre Hand", den die Gesetzgeber in das Bürgerliche Gesetzbuch aufnehmen wollten. Wenn sie dabei die anvertrauten Sachen mit allen freiwillig aufgegebenen identifizierten und unter dem Begriff „abhanden gekommen" alle unfreiwillig verlorenen verstanden wissen wollten, so kann das kein Hinderungsgrund sein, um die §§ 932 ff. auf den wahren Rechtsgedanken „Hand wahre Hand" zurückzuführen und den § 935 Abs. 1 extensiv dahin auszulegen, daß zu den abhanden gekommenen Sachen alle nicht anvertrauten zählen.

[4]) Lenel, D. J. Z. 1909 S. 1097; vgl. auch Francke in Seuff. Bl. 73 S. 895 ff.

[5]) Meistens wird ausschließlich auf das Willensmoment und überhaupt nicht auf das Wissensmoment Gewicht gelegt, vgl. z. B. Gnatzy S. 4 unten ff.; Kellerhoff S. 2; Lämmerhirt S. 5.

II.

1. Die herrschende Lehre tritt jedoch einer extensiven Auslegung des § 935 Abs. 1 mit der Begründung entgegen, daß die Bestimmung als Ausnahmenorm gegenüber §§ 932 bis 934 restriktiv auszulegen sei[6]). Ist diese Argumentation richtig? Auf den ersten Blick scheint es so. Aber vor § 932 steht § 929, nach dem nur der Eigentümer Eigentum übertragen kann. Schon im Allgemeinen Teil bestimmt § 185, daß eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, nur wirksam sei, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolge. Diesen beiden grundsätzlichen Bestimmungen gegenüber erscheint § 932 als Ausnahme, die durch § 935 eingeschränkt wird[7]). § 935 Abs. 1 kann also höchstens als Ausnahme von der Ausnahme bezeichnet werden, in Wirklichkeit bedeutet sie die Rückkehr zur Regel. Mit ausgezeichneter Klarheit hat Endemann[8]) diesen Gesichtspunkt hervorgehoben: Die Systematik hätte auf Grund des § 932 in Verbindung mit § 929 einfacher so gestaltet werden können, daß jeder Fahrnisbesitzer Eigentum veräußern könne; für den Fall aber, daß er selbst nicht Eigentümer sei, hätten die folgenden Ausnahmen zu gelten. Dennoch sei dieser Aufbau nicht zu wählen, weil er die normale Lage der Dinge nicht kundgebe. Auch für das BGB. sei als Grundsatz an dem römischen Vindikationsstandpunkt festzuhalten.

Wohin die herrschende Lehre kommt, wenn sie an ihrer Auffassung von der Ausnahmestellung des § 935 Abs. 1 konsequent festhält, zeigt uns der Verfasser einer neueren Dissertation[9]). Er stellt die Behauptung auf, daß die Bestimmung des § 185, die das römischrechtliche Vindikationsprinzip zum Ausdruck bringe, trotzdem sie im Allgemeinen Teil stehe, nur für Forderungen gelte! Eine solche Annahme verschleiert nicht nur im höchsten Grade die normale Lage der Dinge, sie ist auch ein beredtes Zeugnis dafür, daß der Standpunkt der herrschenden Lehre sich auf die Dauer als unhaltbar erweist.

2. Aber jener Standpunkt ist doch noch nicht restlos widerlegt. § 932 soll trotz §§ 185, 929 der Ausdruck eines Prinzips sein,

[6]) Auch die Mot. S. 349 sprechen von einer Ausnahmenorm; a. A. Kuhlenbeck zu § 935 Abs. 1, der aber ebenso wie Binding die unterschlagenen Sachen zu den abhanden gekommenen rechnet.

[7]) So Enneccerus § 132 II; Wendt S. 19; Hedemann § 13 III; vgl. auch R.G. 1, 257.

[8]) Endemann § 81 Anm. 15.

[9]) Lamza, S. 13 unten ff.

das sich durch das ganze Bürgerliche Gesetzbuch hindurchzieht [10]). Demzufolge müßten §§ 185, 929 ganz in den Hintergrund treten, und § 935 dürfe nicht extensiv ausgelegt werden. Dieses Prinzip entbehrt jedoch durchaus der Klarheit; die verschiedensten Erläuterungen tauchen in der Literatur auf. Das Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, das Interesse des gutgläubigen Dritterwerbers, das Vertrauen auf äußere Tatbestände usw. sollen einzeln oder mit einander verbunden diejenigen Momente sein, denen das BGB. als modernes Gesetzbuch weitgehendsten Schutz gewährt. Sicher ist es richtig, daß dieses Prinzip etwas anderes bedeuten muß als der Satz „Hand wahre Hand". Zumal das Verkehrsinteresse wird den alten Germanen noch nicht als schutzbedürftig erschienen sein [11]). Auch die bona fides war ihnen ein unbekannter Begriff. Schließlich ist nicht zu verkennen, daß das geltende Recht sozusagen positiv formuliert, was im altdeutschen Recht negativ formuliert wurde. Heute wird in den Fällen Eigentum erworben, in denen früher die Klage fehlte. Ist aber im § 932 neben dem Rechtsgedanken „Hand wahre Hand" noch ein besonderes Prinzip enthalten?

Das Verkehrsschutzargument kann nicht übersehen werden [12]), mag es auch lediglich volkswirtschaftlichen Ursprungs sein. Die Rücksicht auf den Verkehr soll den Schutz des redlichen Dritterwerbers gebieten. Der Verkehr als solcher hat demnach ein Interesse daran, daß der gutgläubige Dritte Eigentümer wird: Die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs würde beeinträchtigt, wenn der Dritterwerber stets auf die Vindikation des Eigentümers gefaßt sein müßte. In Wirklichkeit ist aber das Verkehrsschutzargument ein zweischneidiges Schwert [13]). Sobald sich der Verkehr für eine von zwei Parteien interessieren würde, vernachlässigte er notgedrungen die andere. Durch die Existenz des § 932 wird der Unternehmungsgeist des Eigentümers gehemmt. Die Begründung der Motive [14]), daß der Eigentümer sich abgesehen von den Fällen der Entziehung

[10]) vgl. Anm. 9 und Wilderink, S. 19; vor allem Goldschmidt Bd. 8, S. 225: „Durch die gesamte Rechtsentwicklung der heutigen europäischen Welt geht der unverkennbare Grundzug, die Intensität der dinglichen Rechte an Mobilien durch Einschränkung der Rechtsverfolgung zu verringern und das Interesse des Verkehrs an dem freien und sicheren Umlauf der Güter zu begünstigen." (Gekürzt wiedergegeben.)

[11]) s. Kern, S. 21.

[12]) Auch die Mot. S. 344 spielen darauf an. Ausführlicher begründet wird es z. B. von Pillmann S. 6 ff.

[13]) vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 389 unten ff. Auch H. Meyer a. a. O., S. 82 bezeichnet es als mißlich und will es auch im modernen Recht höchstens als Nebenstütze verwandt wissen.

[14]) Mot. S. 344.

gegen die Veräußerung der Sache durch einen Nichtberechtigten genügend dadurch schützen könne, daß er die Inhabung nicht aus der Hand gebe, straft den daselbst zuvor erfolgten Hinweis auf den Verkehr Lügen. Denn das in den Andern gesetzte Vertrauen ist die Grundlage des gesamten Verkehrs[15]). Gerade der Satz „Hand wahre Hand", der doch im § 932 enthalten ist, widerspricht dem Interesse des Verkehrs[16]). Das Vertrauenschenken des Rechtsinhabers erfolgt auf eigene Gefahr! Der Verkehr leidet darunter mindestens ebenso, wie wenn der Dritterwerber nicht geschützt wird und sich verbittert vom Geschäftsleben zurückzieht. In jeder Beziehung stehen zwei Interessen auf dem Spiel, deren Kollision schwerlich zu beseitigen ist[17]). Mit Berücksichtigung nur einer Partei kann jedenfalls dem Verkehr niemals gedient sein. Nicht das Verkehrsinteresse, nicht eine objektive bona fides, sondern einzig und allein das individuelle Interesse, die subjektive bona fides des Dritterwerbers wird im § 932 geschützt.[18])

Es ist letzten Endes nicht ersichtlich, warum dieses individuelle Interesse auf Kosten des bisherigen Eigentümers geschützt wird. Die Gefährdung des Eigentums, des stärksten dinglichen Rechts, in seinem Fortbestehen erzeugt eine Rechtsunsicherheit, wie sie schlimmer kaum gedacht werden kann. Im Vergleich dazu erscheint die Ungewißheit des Dritterwerbers, ob er Eigentum erlangt hat oder nicht, noch als das kleinere Übel. De lege ferenda muß daher überhaupt die Berechtigung der Fortdauer des „Hand wahre Hand"-Satzes angezweifelt werden[19]). So viel aber ist gewiß, daß nach geltendem Recht den §§ 932 ff. kein besonderes Prinzip außer dem Rechtsgedanken des Vertrauenschenkens auf eigene Gefahr zu Grunde liegt. § 935 Abs. 1 ist keinesfalls eine Ausnahmenorm, weder formell, noch materiell. Er verträgt die extensive Auslegung, die ihm gerade bei Berücksichtigung des germanischen Rechtsgedankens zukommt.

---

[15]) Rayner, S. 60, der deshalb die Zurückführung des „Hand wahre Hand"-Satzes auf eine Unvorsichtigkeit des Treugebers schon für die Zeit der Volksrechte verwerfen will! vgl. auch Binding, S. 7 oben und 18 ff. im Widerspruch mit S. 20.

[16]) Gegen Riese S. 6 oben: „Dieser Grundsatz hat heute in der Zeit des Verkehrs noch größere Berechtigung als früher." Richtig Meister S. 2 f.

[17]) Aus lauter Verzweiflung schließt sich Fressel S. 27 ff. dem Standpunkt der Motive an. Über seine Ablehnung des Gewährschaftsmomentes siehe unten S. 20.

[18]) Ehrenberg, S. 280 ff. identifiziert daher zu Unrecht dieses individuelle Interesse mit dem Verkehrsinteresse. Wie Ehrenberg auch Hedemann § 13 I, der außerdem stark übertreibt.

[19]) s. Endemann § 81, 1 d; vgl. auch Henle a. a. O. Anm. 23, Schultze, in Iherings Jahrb. 49, 185 und Lenel a. a. O.

§ 3.

Der Rechtsgedanke „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff.

I.

1. Nach germanischer Rechtsanschauung erforderte der Satz „Hand wahre Hand" nicht nur eine freiwillige Hingabe, sondern auch ein Vertrauensverhältnis, ein Rückfallsgeding als wesentliche Voraussetzung. Auf das geltende Recht angewandt, verlangt dieser Satz, daß ein vertraglicher Anspruch auf Rückgabe besteht. Die gesetzliche Haftung des Besitzers, der eine Sache zwecks Veräußerung unterschlagen hat, sei es nun aus Schadensersatz oder ungerechtfertigter Bereicherung, genügt allein nicht. Nach dem Rechtsgedanken ist es erforderlich, daß ein Vertrauensverhältnis mit der Vereinbarung der Rückgabe begründet wurde. Dieses Vertrauensverhältnis, das für den Vertrauensmann die zeitweilige Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze regelt, kann nichts anderes sein als ein mittelbares Besitzverhältnis im Sinne des § 868 BGB. auf vertraglicher Grundlage. Nur die Begründung solcher Beziehungen gefährdet das Recht des bisherigen Eigentümers.

Das Wort „anvertrauen" hat sich in der juristischen Literatur bis in die neueste Zeit hinübergerettet. Niemals aber hat man es juristisch ernst genommen und sich über seine Existenz gewundert. Nicht selten werden die anvertrauten Sachen auch heute noch den unfreiwillig verlorenen gegenübergestellt, indem jedem Sprachgebrauch zuwider lediglich unter Berücksichtigung der ehemaligen Ausgestaltung der Anefangsklage alle freiwillig verlorenen als anvertraut bezeichnet werden. Nur im Unterbewußtsein versteht man diesen Ausdruck und den Satz „Hand wahre Hand" richtig. Niemand hält konsequent an ihrer richtigen Bedeutung fest. Auch Binding will in dieser Beziehung nicht ernst genommen werden. Seine Erkenntnis ist nichtsdestoweniger hervorzuheben [1]: „Übersetzt man die zweite Voraussetzung des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer (das Nichtabhandenkommen) aus ihrer negativen Form in die positive, so lautet sie: der die fremde Sache veräußernde Besitzer muß unmittelbarer Besitzer gegenüber einem mittelbaren Besitzer, die Sache also im strafrechtlichen Sinne eine ihm anvertraute Sache sein (BGB. § 868). Insoweit trifft das moderne Recht mit dem alten Gedanken zusammen: „Wo jemand seinen Glauben gelassen hat, da soll er ihn wiedersuchen.""

[1]) Binding, S. 16 unten ff. Unklar Kellerhoff S. 23/24 ff.

Wenn die richtige Anknüpfung an den germanischen Rechtsgedanken sich niemals durchgesetzt und praktisch ausgewirkt hat, dann wird noch ein tieferer Grund gegen die hier beabsichtigte Auslegung im Spiele sein. Es ist nicht zu verkennen, daß sich diese durch nichts anderes begründen läßt als durch die Tatsache, daß die Gesetzgeber den Satz „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff. zum Ausdruck bringen wollten. Warum das Vertrauenschenken seitens des Rechtsnhabers, das ja gerade für einen gedeihlichen Verkehr die wichtigste Voraussetzung bildet, durchaus auf eigene Gefahr erfolgen soll, läßt sich heute bei den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr einsehen. Da könnte man nun einwenden, daß es dem weltfremden germanischen Rechtsempfinden erst recht entsprochen haben müßte, denjenigen zu bestrafen, der den Besitz an einer Sache aufgibt, ohne eine andere Person zur Rückgabe zu verpflichten. Ist dessen Verhalten nicht wirklich leichtfertig? Weiter kann gesagt werden, daß der altdeutsche Rechtssatz sicherlich bloß deshalb die vertragliche Haftung voraussetze, weil Fälle jener Art ohne gleichzeitige Eigentumsaufgabe noch nicht im Anschauungsbereich der damaligen Zeit gelegen hätten. Nicht das Vertrauenschenken als solches, sondern die freiwillige Gewerehingabe erfolge auch nach germanischer Rechtsanschauung auf eigene Gefahr. Wer seinen Glauben nirgends gelassen habe, könne ihn auch nirgends wiederfinden. Alles dies sind beachtliche Argumente. Aber mit demselben Recht könnte man fragen, warum es dem germanischen Volksempfinden entsprochen hat, den unachtsamen Verlierer niemals leer ausgehen zu lassen [2]). Dafür gibt es nur die eine Erklärung, das nicht die unfreiwillige Art des Verlustes, sondern das Fehlen des vertraglichen Rückgabeanspruches maßgebend war. Diese Erklärung erweist sich vollends vom modernen Standpunkt aus als die einzig mögliche. Warum sollte sonst der nachlässige Verlierer sein Eigentum behalten und derjenige es verlieren, der seine Sache infolge wirtschaftlicher Notwendigkeit einem mit möglichster Sorgfalt ausgewählten Vertrauensmann überläßt? Daß freilich die Gewährschaft des Vertrauensmannes in Form einer vertraglichen Rückgabeverpflichtung ein Moment darstellt, das nach außen, insbesondere für den gutgläubigen Dritten nicht erkennbar ist [3]), muß zugegeben werden. Aber darauf kann es nicht ankommen. Wäre das Besitzmittlungsverhältnis für den Dritten erkennbar, so würde er nicht mehr

[2]) vgl. Sjp. II Art. 36 (37) § 1. Hinsichtlich des BGB. stellt im Anschluß an Koban auch Fressel S. 24 ff. die obige Frage.

[3]) Dies macht Fressel S. 25 gegen das Gewährschaftsmoment geltend.

gutgläubig sein, da er den Besitzmittler nicht für den Eigentümer halten dürfte. (vgl. § 932 Abs. 2.)

2. Nur der germanische Rechtsgedanke vermag die dem BGB. eigentümliche Regelung zu erklären. Bei strikter Anwendung desselben müßte der Eigentümer sich immer nur an seinen Vertrauensmann halten können, gleichgültig, auf welche Weise dieser das Vertrauen mißbraucht oder ob er die Sache unfreiwillig verliert. Für das BGB. ist eine wichtige Abweichung zu konstatieren. Nach § 935 Abs. 1 Satz 2 behält der bisherige Eigentümer auch dann seine Rechtsstellung, wenn zur Zeit seines mittelbaren Besitzes die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war. Er kann die Sache trotzdem von jedem Dritten vindizieren. Diese bedeutende Abweichung vom alten deutschen Rechtsgedanken zu Gunsten des römischen Vindikationsprinzips ist nur zu begrüßen, weil dadurch das einmal bestehende Recht weniger in seiner Sicherheit gefährdet wird. Der Satz „Hand wahre Hand" in §§ 932 ff. beschränkt sich auf diejenigen Fälle, in denen die Sache vor der Veräußerung vom Eigentümer oder Besitzer anvertraut gewesen war.

§ 935 Abs. 1 Satz 2 widerspricht dem germanischen Rechtssatz [4]). Dennoch kann dieser Widerspruch ruhig in den Kauf genommen werden, ohne daß die Auslegung des Begriffs „abhanden gekommen" im Sinne des Nichtanvertrautseins darunter zu leiden braucht. Es handelt sich im Grunde weniger um einen Widerspruch als um eine Verfeinerung des germanischen Gedankens. § 935 Abs. 1 Satz 2 kommt sogar dieser Auslegung sehr entgegen. Danach kann die Sache außer dem Eigentümer (§ 935 Abs. 1 Satz 1) nur dem Besitzer abhanden kommen, der dem Eigentümer den Oberbesitz vermittelt! Das Erfordernis des Besitzmittlungsvertrages läßt diese Gesetzesbestimmung verständlicher erscheinen. Wenn ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart wurde, so pflegt es gewöhnlich auch bestehen zu bleiben. Einem unmittelbaren Besitzer aber, der dem Eigentümer nie den Oberbesitz vermittelte, braucht die Sache nicht erst abhanden zu kommen, weil sie eben wegen des Fehlens der Besitzmittlungsvereinbarung bereits abhanden gekommen war. Wenn ein Besitzmittler des Eigentümers dessen Sache an einen unredlichen Dritten nach § 932 Abs. 1 Satz 1 veräußert, so ist die Sache damit abhanden gekommen. Eigentum kann der Unredliche nicht erwerben; vertraglicher Besitzmittler ist er nicht geworden. Folglich handelt es sich

[4]) a. A. Pillmann, S. 11 unten f.; s. aber Ssp. II Art. 61 (60) § 1.

um eine nicht anvertraute, d. h. abhanden gekommene Sache, die der Eigentümer von jedem Dritten vindizieren kann. Trotzdem ist Wolff[5]) darin zuzustimmen, daß § 935 Abs. 1 Satz 2 auch Geltung haben muß, wenn die Sache einem unmittelbaren Besitzer abhanden kommt, der dem Eigentümer keinen Oberbesitz vermittelt. Denn es kann sehr wohl geschehen, daß die Besitzvermittlung nach ihrer vertraglichen Begründung wieder aufhört, obwohl der Rückgabeanspruch unverändert fortbesteht. Nicht auf die Besitzvermittlung als solche, sondern auf die Vereinbarung der Rückgabepflicht, die auch der Erbe eines Vertrauensmannes mit übernimmt, muß Gewicht gelegt werden. Das ist der Kernpunkt des germanischen Rechtsgedankens.

II.

1. Abhanden kommen liegt entgegen der herrschenden Meinung nicht nur bei jedem unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes vor, sondern auch bei jedem freiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes ohne Besitzmittlungsvereinbarung. Nur dem unmittelbaren Besitzer als solchem können Sachen abhanden kommen. Die vom Besitzdiener gestohlenen bezw. unterschlagenen Sachen sind seinem Besitzherrn abhanden gekommen[6]). Denn zwischen beiden Personen ist kein Besitzmittlungsvertrag geschlossen worden. Vertraut der Besitzdiener die Sache derart an, daß der Empfänger Besitzmittler des Besitzherrn wird, so bedarf dieses Rechtsgeschäft der Zustimmung des Besitzherrn. Herrenlose Sachen können dagegen nicht abhanden kommen, solange sie wie z. B. das frei umherstreifende Wild in niemandes Besitz stehen. Dem Wilderer kann das erlegte Tier zwar abhanden kommen, doch da kein Eigentum (vgl. § 958 Abs. 2) geschützt zu werden braucht, so erlangt § 935 Abs. 1 keine Bedeutung. Wie eine herrenlos-besitzlose Sache[7]) ist in diesem Zusammenhange der Schatz vor seiner Inbesitznahme anzusehen (vgl. § 984). Weder dem Entdecker noch dem Eigentümer der den Schatz verdeckenden Sache kommt der Schatz abhanden, wenn er erst von einem Dritten in Besitz genommen wird. War eine Sache herrenlos (bezw. Schatz im erstmaligen Besitz) oder war sie weder dem Eigentümer noch einem anderen unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen, sondern von diesen Personen stets durch Besitzmittlungsvereinbarung

[5]) Wolff, § 69 I 2.

[6]) Diese Auffassung entspricht auch dem germanischen Recht und der herrschenden Lehre, s. insb. R.G. 71, 253. A. A. Lamza S. 78 ff., weil dem Besitzdiener die Sache anvertraut sei!

[7]) Über besitzlos- nicht herrenlose Sachen s. unten S. 34 ff.

weiter anvertraut worden, dann ist für den gutgläubigen Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. freie Bahn geschaffen. Daraus erhellt, daß dieser an nicht herrenlosen Sachen das Bestehen einer Besitzmittlungsvertragskette voraussetzt, die bis zum Eigentümer zurückführt. Jedoch rückt der Erbe des Anvertrauenden oder eines Vertrauensmannes in die Vertrauensstellung des Erblassers ein. Die gleiche Rolle spielt derjenige Besitzer, der die Rückgabepflicht des Vertrauensmannes übernimmt (s. insbes. § 1251 Abs. 2). Hier wie dort kann die Sache an gutgläubige Dritte wirksam veräußert werden. Auch der Verzicht eines mittelbaren Besitzers auf den Rückgabeanspruch hat kein Abhandenkommen zur Folge, sofern nur der unmittelbare Besitz nicht ohne Besitzmittlungsvereinbarung fortgegeben wurde. Ebenso bedeutungslos bleibt die Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870, wodurch aber eine gültige Übereignung gemäß §§ 931, 934, 1. Alt. zustande kommen kann, so daß dem neuen Eigentümer der Herausgabeanspruch zusteht.

Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses stellt kein Novum in der Regelung des Eigentumserwerbes an beweglichen Sachen dar. Schon bei der Übereignung durch Besitzkonstitut im § 930 wird von einer solchen Abrede der Eigentumserwerb abhängig gemacht. Ein rein äußerlicher Unterschied ist allerdings vorhanden. Im Falle des § 930 räumt der unmittelbare Besitzer dem Erwerber nur den mittelbaren Besitz ein, für §§ 932 ff. (auch im Falle des § 926 Abs. 2) ist Voraussetzung, daß der Eigentümer oder ein anderer unmittelbarer Besitzer den unmittelbaren Besitz auf einen anderen übertragen, den mittelbaren aber zurückbehalten hat. Was indessen von dem konkreten Besitzkonstitut im § 930 gilt [8]), muß auch hier eine Rolle spielen. Es scheiden daher für §§ 932 ff. die Fälle der bloß gesetzlichen Besitzvermittlung z. B. Testamentsvollstreckung, elterliche Gewalt, Vormundschaft aus. Alle gesetzlichen Besitzmittler können nur im Rahmen ihres gesetzlichen Verwaltungsrechts wirksame Verfügungen über einen fremden Gegenstand treffen. Unterschlägt der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen, indem er sie einem gutgläubigen Dritten veräußert, so wird dieser nicht Eigentümer [9]). Auch die Frage, ob die gesetzlichen Beziehungen zwischen Ehemann und Ehefrau unter anderem in einem Besitzmittlungsverhältnis am eingebrachten Gut bestehen, gehört nicht hierher, da kein Vertrag

[8]) s. darüber R. G. R. Komm. § 930 Ziff. 5. Besondere Beachtung verdient die Entscheidung des R. G. 98, 133 ff.

[9]) a. A. Wolff, § 15 Anm. 8.

zu Grunde liegt. Ausnahmsweise kann der Ehemann über das eingebrachte Gut der Ehefrau im Rahmen des § 1376 verfügen. Hier handelt es sich überhaupt nicht um die Verfügung eines Nichtberechtigten, es kann somit auch der kundige Dritte Eigentum erwerben.

Der Vertrag, durch den ein Besitzmittlungsverhältnis begründet wird, braucht nicht vollgültig zu sein. Nur das ist zu fordern, daß ein vertraglicher Rückgabeanspruch zur Entstehung gelangt, sei es auch unter einer Bedingung oder einer Befristung. Die Besitzmittlungsvereinbarung kann mithin wohl anfechtbar, darf aber nicht nichtig sein. Auch darf sie nicht nachträglich angefochten werden, weil sie dann als von Anfang an nichtig betrachtet werden muß (vgl. § 142 Abs. 1). Wenn der Mieter bei Abschluß der Miete geschäftsunfähig war, so kann er nach der herrschenden Auffassung zwar Besitzmittler geworden sein [10]), es fehlt indessen der vertragliche Rückgabeanspruch. Die Mietssache ist daher nicht anvertraut, sondern dem Vermieter abhanden gekommen. Hingegen genügt es, wenn ein stillschweigender Vertrag vorliegt. Ob dies zutrifft, müssen die Umstände ergeben. Regelmäßig wird zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, der die gekaufte Ware zunächst zurückbehält, kein Verwahrungsvertrag bestehen. Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist im Zweifel eine vertragliche Rücktrittsberechtigung des Verkäufers für den Fall des Zahlungsverzuges des Käufers anzunehmen (§ 455). Diese wird zur Annahme einer vertraglichen Besitzvermittlung ausreichen [11]), so daß der Eigentumsvorbehalt den Verkäufer nicht vor dem Erwerb durch einen gutgläubigen Dritten schützt.

2. Die wichtigste Ausnahme vom Erfordernis der Besitzmittlungsvereinbarung enthält § 935 Abs. 2. Der gutgläubige Erwerber wird stets Eigentümer der in dieser Bestimmung aufgezählten Sachen. Eine weitere Abweichung vom Satz „Hand wahre Hand", dem nur das anvertraute Gut unterliegt, ergibt sich aus § 142 Abs. 2: Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen. Mit dem „Rechtsgeschäft" kann nicht ein vertragliches Besitzmittlungsverhältnis, sondern nur eine Eigentumsübertragung gemeint sein, da sich der gute Glaube in §§ 932 ff. anerkanntermaßen auf das Eigentum des

[10]) s. Wolff, § 8 I 2.

[11]) s. R.GR. Komm. § 868 Z. 3; Staudinger § 868 III 2h; Wolff § 8 I 1b a. E. und die dort angegebene Literatur.

Veräußerers zu erstrecken hat. Gegen die Anfechtung einer Besitzmittlungsvereinbarung wird also ein gutgläubiger Dritterwerber nicht durch den Rückschluß aus § 142 Abs. 2 geschützt. Hat aber der Eigentümer seine nach § 929 Abs. 1 Satz 1 erfolgte Übereignung an X angefochten, so ist dieselbe rückwirkend hinfällig. Ganz davon abgesehen war die Sache vom Zeitpunkt der Übereignung an dem Eigentümer abhanden gekommen, weil sie ja nicht anvertraut wurde. Trotzdem wird ein gutgläubiger Dritter geschützt, der sich im Zwischenstadium der bloßen Anfechtbarkeit von X die Sache übereignen ließ, was sich unabweislich durch argumentum e contrario aus § 142 Abs. 2 ergibt. Ein Dritter kann also in diesem Falle nach §§ 932 ff. Eigentum erwerben, obwohl die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen war. Der Rückschluß aus § 142 Abs. 2 enthält daher ebenfalls eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 935 Abs. 1. Hingegen sind diejenigen Bestimmungen des BGB. für unsere Auslegung ohne Bedeutung, die die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für entsprechend anwendbar erklären (§ 135 Abs. 2, § 161 Abs. 3, § 2113 Abs. 3, § 2129 Abs. 2, § 2211 Abs. 2; anders § 1404). In diesen Fällen handelt es sich lediglich darum, daß der Berechtigte in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist und Dritte in gutem Glauben an das Nichtbestehen einer Verfügungsbeschränkung des Veräußerers geschützt werden. Die Verfügung eines Nichtberechtigten im direkten Sinne von §§ 932 ff. ist auch im Falle des § 161 Abs. 2 nicht denkbar, weil es auch hier nur wie bei Abs. 1 auf die Schwebezeit ankommt, nicht auf die Zeit nach Eintritt der Bedingung[12]).

3. Auf Grund des Besitzmittlungsvertrages muß entsprechend dem germanischen Rechtsgedanken der unmittelbare Besitz freiwillig übergeben werden. Auch die Frage, ob die Unfreiwilligkeit ausgeschlossen wird, wenn das Gesetz durch privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Bestimmung die Entziehung gestattet, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn daß diese Gestattung auf Grund der Besitzmittlungsvereinbarung erfolgt, wird schwerlich vorkommen. Sobald daher der unmittelbare Besitz unfreiwillig entzogen wird, z. B. der Mieter sich die gemietete Sache vom Vermieter gewaltsam verschafft oder der Vermieter eine seinem Pfandrecht unterliegende Sache dem ausziehenden Mieter nach § 561 fortnimmt, liegt ein Abhandenkommen für den Vermieter bezw. Mieter vor.

[12]) Unrichtig Wilderink, S. 20.

III.

1. Damit sind die allgemeinen Voraussetzungen des Satzes „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff. hinreichend erörtert, und es kann nun auf diese Bestimmungen des BGB. im einzelnen eingegangen werden. Der Regelfall ist der, daß ein unmittelbarer Besitzer eine fremde Sache unbefugt gemäß § 929 Satz 1 veräußert. Dann erwirbt der gutgläubige Dritte nach § 932 Abs. 1 Satz 1 Eigentum. Ein Einwand ist freilich zu vergegenwärtigen: Durch die Veräußerung komme dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhanden, weil er sie ja nicht anvertraue, sondern übereigne. Das ist zweifellos richtig. Aber nach § 935 Abs. 1 muß die Sache vor der Übereignung nach §§ 932 ff. abhanden gekommen sein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es nämlich nur darauf an, daß die Sache „abhanden gekommen *war*". Fällt das Abhandenkommen zeitlich mit der Veräußerung zusammen, so tritt der gutgläubige Erwerb in seine Rechte, und die nunmehr abhanden gekommene Sache kann von dem bisherigen Eigentümer nicht mehr vindiziert werden.

Bei der Übereignung durch Übergabe kurzer Hand nach § 929 Satz 2 muß der Erwerber gemäß § 932 Abs. 1 Satz 2 den Besitz von dem Veräußerer erlangt haben. Aus diesem Grunde muß der Erwerber der Vertrauensmann des Veräußerers gewesen sein, andernfalls war diesem die Sache vor der Übereignung abhanden gekommen. Wolff[13]) fordert für die Anwendung dieser Bestimmung nur, daß der Veräußerer früher einmal Besitzer gewesen sei und daß nach ihm der Eigentümer nicht mehr besessen habe, nicht daß der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer *direkt* erlangte. Es komme allein darauf an, daß der gute Glaube sich auf das Eigentum des Besitzers erstrecke. Diese Ausdehnung kann jedoch nicht uneingeschränkt hingenommen werden. Es muß verlangt werden, daß nicht nur dem Erwerber, sondern auch seinem Besitzvorgänger die Sache anvertraut gewesen war und die Besitzmittlungsvertragskette über den Veräußerer hinaus zum Eigentümer zurückreichte.

Durch die Übereigung mittels Besitzkonstitut nach § 930 erlangt der gutgläubige Erwerber vom Nichtberechtigten an sich kein Eigentum. Gemäß § 933 ist es notwendig, daß die Sache von dem Veräußerer auch übergeben wird und daß der gute Glaube in diesem Zeitpunkt noch vorliegt. Entsprechend der Ausdehnung im Falle des § 932 Abs. 1 Satz 2 braucht die Sache aber nicht von dem

[13]) Wolff, § 69 II 2 b.

Veräußerer direkt übergeben zu werden. Es wird auch hier genügen, wenn der Vertrauensnachfolger des Veräußerers dem Erwerber Besitz verschafft. Nebenbei sei erwähnt, wie Wolff [14]) den Grundsatz, daß der gutgläubige Erwerber vom Nichteigentümer durch Besitzkonstitut kein Eigentum erlange, mit dem Rechtsgedanken „Hand wahre Hand" begründet: Indem der gutgläubige Erwerber den Veräußerer im Besitze lasse, schenke er ihm das gleiche Vertrauen, das ihm der Eigentümer geschenkt habe oder ein höheres, und es bestehe kein Grund, jenes Vertrauen stärker zu schützen, als man dieses schütze!

Bei der Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 931 ist gemäß § 934 zu unterscheiden, ob der Veräußerer mittelbarer Besitzer oder kein Besitzer ist. Im ersten Falle wird der gutgläubige Erwerber schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruches Eigentümer. Da das Gesetz davon ausgeht, daß der Veräußererer mittelbarer Besitzer der Sache ist, so muß dieser zum mindesten seinen mittelbaren Besitz übertragen. Im zweiten Falle ist der Veräußerer weder unmittelbarer noch mittelbarer Besitzer. Nach dem Gesetz tritt der gutgläubige Eigentumserwerb hier ein, wenn der Erwerber den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt. Da es nur darauf ankommt, daß die Sache vor diesem Zeitpunkt nicht abhanden gekommen war, so muß der Dritte Eigentümer oder ein Vertrauensnachfolger des Eigentümers sein und den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz auf den gutgläubigen Erwerber übertragen; eine Ausdehnung auf andere Fälle erscheint hier überflüssig. Denkbar ist es, daß der Veräußerer wirklich einen persönlichen Herausgabeanspruch gegen den Dritten hat, ohne selbst mittelbarer Besitzer zu sein [15]). Aber die Existenz eines solchen Herausgabeanspruches wird bei der zweiten Alternative von § 934 nicht unbedingt erforderlich sein [16]). Der gute Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers braucht sich hier nur auf einen vermeintlichen Herausgabeanspruch des Veräußerers zu stützen, in dessen Erfüllung der Dritte den Besitz auf den Erwerber überträgt. Hält z. B. der Verwahrer einer dem A gehörigen Sache den B, der die Sache an C mittels Anspruchsabtretung veräußert, für den Eigentümer und gibt

[14]) Wolff a. a. O. § 69 II 2 c.

[15]) vgl. Planck § 934 Ziff. 2 S. 384 gegen die herrschende Ansicht.

[16]) So Planck a. a. O. und Ziff. 3 a. E.; R.G.R. Komm. § 934 Ziff. 1 und jetzt auch Staudinger § 934 Z. 3 b.

er auf dessen Wunsch die Sache an den gutgläubigen C heraus, so erwirbt dieser nach § 934, 2. Alt. das Eigentum.

2. Auch die letzte Erwerbsart, bei der der Veräußerer niemals vertraglicher Besitzmittler gewesen zu sein braucht, erfordert selbstverständlich volle Geschäftsfähigkeit des Veräußerers. Nur bei deren Vorhandensein ist ein gültiger Übereignungsakt denkbar. Der gute Glaube des Erwerbers an die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers wird niemals geschützt. Fraglich erscheint es, ob der Nichtberechtigte, der einem gutgläubigen Dritten nach §§ 932 ff. Eigentum verschaffte, diese seine unbefugte Verfügung deshalb anfechten kann, weil er die betreffende Sache irrtümlich für seine eigene hielt. Das wird mit der herrschenden Lehre zu verneinen sein[17]). Im übrigen ist eine Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung möglich. Mit der vollzogenen Anfechtung des Veräußerers wird die Übereignung rückwirkend beseitigt, und der frühere Eigentümer kann die abhanden gekommene Sache von jedem Dritterwerber vindizieren. Jedoch wird ein gutgläubiger Dritter, dem im Zwischenstadium der bloßen Anfechtbarkeit die Sache vom Erwerber übereignet wurde, im Gegensatz zu § 142 Abs. 2 geschützt.

3. Abgesehen davon, daß der Eintritt des Abhandenkommens durch die Wiedererlangung des unmittelbaren Besitzes hinfällig werden kann, vermag der Eigentümer, zu dessen Schutz ja § 935 Abs. 1 dient, von vornherein zu verhindern, daß ein Abhandenkommen auf Seiten eines unmittelbaren Besitzers dem gutgläubigen Erwerb entgegensteht, indem er selbst die Sache ~~dem Erwerber~~ anvertraut. Er hat z. B. dem Dritten aufgegeben, die vom Dritten zur Miete begehrte Sache beim ersten Mieter zu entwenden. Auch hat er die Möglichkeit, nachträglich seiner Sache den Makel des Abhandenkommens zu nehmen und dem gutgläubigen Dritterwerber Eigentum zu verschaffen. Dies Entgegenkommen kann auf § 185 Abs. 2 basieren. Es genügt aber auch jede Betätigung, durch die der positive Willensentschluß, die Sache nicht wieder zu erlangen, hinreichend zum Ausdruck kommt, z. B. der Eigentümer lehnt die Annahme der zurückgebrachten Sache bewußt ab[18]). Außerdem hat der Erwerber einer abhanden gekommenen Sache selbst noch Gelegenheit, Eigentum daran zu erlangen, indem er den Tatbestand eines gesetzlichen Eigentumserwerbes z. B. der Ersitzung, Verarbeitung erfüllt.

[17]) s. Enneccerus § 157 Anm. 27.
[18]) s. darüber Wolff, § 15 unter I, 2 S. 39.

4. Schließlich bedarf noch die Beweislast der Klarstellung. Der Eigentümer hat ebenso wie gegebenenfalls die Bösgläubigkeit des Erwerbers auch die Tatsache zu beweisen, daß die Sache ihm oder einem anderen unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen war. Er braucht aber in dieser Beziehung nur das Fehlen bezw. die Ungültigkeit eines hinsichtlich der Sache abgeschlossenen Besitzmittlungsvertrages im Zeitpunkt vor der Übereignung darzutun. Schon dadurch entkräftet er die zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers geltende Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 1.

---

§ 4.

Der Begriff „abhanden gekommen" im § 1007 Abs. 2.

Die Klage aus § 1007 ist die rechte Erbin der germanischen Anefangsklage [1]). Bei ihr erscheint die Beschränkung auf den unfreiwilligen Besitzverlust, die § 1007 Abs. 3 zum Ausdruck bringt, als unbedingt notwendig [2]), während bei der Eigentumsklage aus § 985 in den Fällen des § 935 Abs. 1 kein triftiger Grund für solche Begrenzung spricht. Gleichwohl wird der Ausdruck „abhanden gekommen" von der herrschenden Lehre dem Ausdruck „aufgegeben" im Sinne des § 1007 Abs. 3 gegenübergestellt. Der erste soll alle Fälle des unfreiwilligen, der zweite alle Fälle des freiwilligen Besitzverlustes umfassen. Versteht man dagegen unter abhanden gekommenen Sachen alle nicht anvertrauten, so ergibt sich, daß auch ein freiwilliger Besitzverlust unter den Begriff „abhanden gekommen" fallen kann. Der unfreiwillige Besitzverlust kann nur durch ein Abhandenkommen ermöglicht werden, braucht jedoch nicht selbst ein Abhandenkommen zu sein [3]). Übergibt ein Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz ohne den Willen des Oberbesitzers an einen Dritten, ohne den mittelbaren Besitz zurückzubehalten, so verliert der Oberbesitzer unfreiwillig seinen mittelbaren Besitz an der Sache, die seinem Besitzmittler abhanden kommt. Weder ein Aufgeben des Besitzes

---

[1]) Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 72; Wolff, § 23 Anm. 1.

[2]) Gierke a. a. O., S. 59: „Denn auf einen Besitz, den man selbst aufgegeben hat, kann man keinen Besitzrechtsanspruch mehr stützen." Henle, Das Recht auf Besitz, S 17: „Das Recht (auf Besitz) geht unter."

[3]) Über die herrschende Meinung vgl. Wolff § 15 II 1 c.

noch ein Abhandenkommen liegt vor, wenn der unmittelbare Besitzer nur den unmittelbaren Besitz übergibt und den mittelbaren zurückbehält. Das gleiche gilt, wenn der unmittelbare Besitzer einem andern nur den mittelbaren Besitz einräumt[4]). Denn nur die völlige Weggabe des Besitzes stellt sich als Besitzaufgabe im Sinne des § 1007 Abs. 3 dar[5]), nur der Verlust des unmittelbaren Besitzes ohne Besitzmittlungsvereinbarung als ein Abhandenkommen.

Der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 setzt voraus, daß die Sache dem früheren Besitzer abhanden gekommen ist. Deshalb hat nach der herrschenden Auffassung, die darunter nur den unfreiwilligen Besitzverlust versteht, der Ausschluß der Klage nach Abs. 3 bei freiwilligem Besitzverlust für Abs. 2 keine Bedeutung. Wolff[6]) will darum die Worte „oder wenn er den Besitz aufgegeben hat" im Abs. 3 streichen und im Abs. 1 einfügen: „es sei denn, daß der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat", weil nur so die Beweislastverteilung richtig in Erscheinung trete. Diese herrschende Lehre hatte bisher kaum Widerspruch erfahren. Nur Cosack[7]) erwähnt einen Fall, in dem der Ausschluß der Klage nach Abs. 3 bei freiwilligem Besitzverlust für Abs. 2 von Bedeutung wird: Jemand verzichtet nach Eintritt des unfreiwilligen Besitzverlustes auf die Sache. Erst neuerdings hat Henle[8]) die Bedeutung dargelegt, die der Tatbestand des Abs. 3 auch für die Fälle des Abs. 2 besitzt. Da er von dem „Recht auf Besitz" ausgeht, das dem Eigentumsrecht gegenüber beschränkt ist, so gelangt er zu dem Satze, daß alle Veräußerungstatbestände, die, wenn der Berechtigte aus § 1007 das Eigentum gehabt hätte, sein Eigentum ausgetilgt haben würden, auch das Recht auf Besitz austilgen. Danach erscheint die Fassung „wenn er den Besitz aufgegeben hat" im Abs. 3 als zu eng. Auch der unmittelbare Besitzer, der nur den mittelbaren Besitz einräumt, (§ 930!), verliert unter allen Umständen sein Recht auf Besitz[9]).

---

[4]) vgl. die Beispiele bei Gierke a. a. O. S. 60.

[5]) Henle a. a. O., S. 19. Daß die Übergabe des unmittelbaren Besitzes nicht notwendig den Besitz beendigt, steht m. E. deswegen nicht im Widerspruch mit § 856, weil das Gesetz vor § 868 den Fall des mittelbaren Besitzes überhaupt noch nicht berücksichtigt. Dagegen dürfte die Aufgabe nach § 856 auch die Übergabe mit umfassen, die im § 854 bei der Besitzerlangung aufgetaucht war.

[6]) Wolff, § 23 Anm. 5 im Anschluß an Gierke a. a. O. S. 59 ff. Anm. 33.

[7]) Cosack-Mitteis § 17, S. 55 oben.

[8]) Henle a. a. O. S. 20 ff.

[9]) a. A. Gierke S. 60 unten f.: „Der Beklagte kann daher die Klage aus dem früheren Besitz nicht dadurch abwehren, daß er sich auf eine im Wege des constitutum possessorium erfolgte Veräußerung beruft."

Den letzten Fall, der in seiner Art unverkennbar einzig dasteht, haben die Gesetzgeber offensichtlich überhaupt nicht in Erwägung gezogen. Aber auch die übrigen Fälle, in denen der Berechtigte nachträglich auf sein „Recht auf Besitz" verzichtet, dürften dem Gesichtskreis der Gesetzgeber fern gelegen haben. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat. Nur die Besitzaufgabe als solche ist gemeint, so sehr sich auch die Ausdehnung auf die Fälle des nachträglichen Rechtsverzichtes vernotwendigt. Auf diese Weise erklärt sich auch der Standpunkt der herrschenden Lehre. Wendet man aber die Auslegung des Begriffs „abhanden gekommen" im Sinne des Nichtanvertrautseins auf § 1007 Abs. 2 an, dann erlangt der Tatbestand des Abs. 3 so, wie er im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, auch für die Fälle des Abs. 2 Bedeutung. Der Tatbestand des Abs. 2 umfaßt jetzt nur nicht die Fälle des Anvertrautseins, der Tatbestand des Abs. 3 dagegen alle Fälle des freiwilligen Besitzverlustes. Nicht bloß, wenn die Sache abhanden gekommen war, sondern auch obwohl die Sache abhanden kommt, kann es sich um eine Aufgabe im Sinne des Abs. 3 handeln. Erst jetzt erfährt der Satz Henles [10]) „Andererseits tilgt die völlige Weggabe auch seitens eines beschränkt Geschäftsfähigen sein Recht auf Besitz, mag man über das Abhandenkommen bei mangelnder Geschäftsfähigkeit denken wie man will" seine volle Rechtfertigung. Denn die völlige Weggabe müßte danach gleichzeitig mit dem Abhandenkommen erfolgen können, weil ein nachträglicher Rechtsverzicht des beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters unwirksam sein würde.

Besitzaufgabe im Sinne des § 1007 Abs. 3 schneidet sowohl die Klage aus Abs. 1 wie aus Abs. 2 ab. Daher werden beide Klagen im Verhältnis zueinander durch die extensive Auslegung des Begriffs „abhanden gekommen" im Abs. 2 nicht beeinflußt. Es beschränkt sich die Klage aus Abs. 1 ganz auf die Fälle des Besitzverlustes durch den Besitzmittler. Gibt der Besitzmittler eine Sache unbefugt weg, so kann sein Nichtanvertrauen ebenso wenig wie seine Besitzaufgabe dem mittelbaren Besitzer angerechnet werden. Dieser hat seinen mittelbaren Besitz unfreiwillig verloren, ihm selbst ist die Sache nicht abhanden gekommen. Folglich steht ihm die Klage aus § 1007 Abs. 1 gegen den bösgläubigen Besitzer zu. Anders, wenn der Besitzer beim Besitzerwerb im guten Glauben war. Dann versagt

[10]) Henle a. a. O., S. 19.

§ 1007 Abs. 1, ebenso Abs. 2, weil die Sache dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen war. Dieser hat sein Recht auf Besitz verloren, weil das Verhältnis zur Sache zerrissen ist, gleichgültig ob der Besitzmittler die Sache veräußerte oder nicht[11]). Ist dem Besitzmittler die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen worden, so bleibt die Entscheidung bezüglich des mittelbaren Besitzers je nach dem gutgläubigen oder bösgläubigen Besitzerwerb die gleiche, weil auch dann die Sache nur dem unmittelbaren Besitzer abhanden kam. Wolffs[12]) Meinung, daß bei unfreiwilligem Besitzverlust des unmittelbaren Besitzers auch dem Oberbesitzer die Sache abhanden gekommen sei, muß abgelehnt werden. Denn § 935 Abs. 1 Satz 2, auf den sich Wolff hierfür beruft, besagt lediglich, daß der Eigentumsverlust nach §§ 932 ff. auch dann nicht eintritt, wenn die Sache dem Besitzmittler des Eigentümers abhanden gekommen war. Wäre Wolffs Ansicht richtig, so wäre gerade § 935 Abs. 1 Satz 2 überflüssig.

Das Recht auf Besitz erlischt in allen Fällen, in denen auch das Eigentumsrecht sein Ende finden würde, wenn es dem Berechtigten zuständе. Umgekehrt ist hervorzuheben, daß das Eigentumsrecht nicht schon dort endigt, wo das Recht auf Besitz untergehen würde, da das Eigentum als absolut-absolutes Recht weiter reicht als das relativ-absolute Recht aus § 1007[13]). Wie der Tatbestand des Eigentumserwerbes so muß auch der Tatbestand des Eigentumsverlustes in aller Hauptsache enger sein als der Tatbestand des Rechtsverlustes aus § 1007. Wenn ein Besitzmittler des Eigentümers dessen Sache in Seenot auswirft[14]), so verliert der Eigentümer wohl das Recht auf Besitz, falls ein gutgläubiger (s. § 1007 Abs. 1) Besitzerwerb hinzukommt, nicht aber das Eigentum. Dies würde sicher gegen den wiewohl gutgläubigen Okkupanten durchgreifen. Warum nicht auch gegen jeden Dritten, der vom Okkupanten gutgläubig erwirbt?[15]) Auch das Unterscheidungsmerkmal der Freiwilligkeit beim Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten muß fallen. Die Voraussetzung dafür, daß das alte Eigentum verloren geht, kann ihre Begründung nur in dem Rechtsgedanken „Hand wahre Hand" finden, der die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses erfordert.

---

[11]) Henle a. a. O., S. 23 ff.
[12]) Wolff § 15 II 1 a.
[13]) vgl. Henle a. a. O., S. 9.
[14]) vgl. Henle a. a. O., S. 24.
[15]) Zutreffend nimmt Düringer-Hachenburg Bd. 2 Vorbem. zu §§ 366 ff. Anm. 23 f. in diesen Fällen an, daß die Sache abhanden gekommen war, weil vom Aushändigen keine Rede gewesen sei.

B. Einzelne Fälle des Abhandenkommens.

§ 5.

„Gestohlen", „verloren gegangen" und „sonst abhanden gekommen".

Das Gesetz führt die Begriffe „gestohlen" und „verloren" unmittelbar vor den Worten „oder sonst abhanden gekommen" auf, sowohl im § 935 Abs. 1 wie im § 1007 Abs. 2. Aus dem Wörtchen „sonst" ergibt sich bereits, daß der Begriff „abhanden gekommen" als gemeinsamer Oberbegriff auch die wichtigen Fälle des Gestohlenseins und Verlorenseins mit umfaßt. Vollends bewiesen wird dies durch § 935 Abs. 1 Satz 2, wo nur noch von dem Sammelbegriff „abhanden gekommen" die Rede ist und die Worte „gestohlen worden", „verloren gegangen" der Einfachheit halber nicht wieder auftauchen. Trotzdem erscheint die Klarstellung angebracht, wann im Einzelfall eine Sache gestohlen worden, wann sie verloren gegangen und wann sie sonst abhanden gekommen war. Da das Gesetz die Fälle des Gestohlenseins und Verlorenseins als Unterarten des Abhandengekommenseins verstanden wissen will, so ist davon auszugehen, daß die Begriffe „gestohlen" und „verloren" gegenüber dem Begriff „abhanden gekommen" restriktiv auszulegen sind. Alles, was dann nicht unter die ersten beiden eingruppiert werden kann, zählt eben, soweit möglich, zu dem dritten.

Der Begriff „gestohlen" umfaßt natürlich in erster Linie die eigentlichen Diebstahlsfälle, die den Tatbestand des § 242 St.G.B. voll erfüllen. Fehlt auch nur ein Tatbestandsmerkmal des § 242, so kann die Sache jedenfalls nicht als gestohlen gelten. Dagegen ist es gleichgültig, ob der Diebstahl ein Antragsdelikt nach § 247 Abs. 1 St.G.B. bildet oder nach § 247 Abs. 2 St.G.B. straflos bleibt, weil er von Aszendenten gegen Deszendenten oder zwischen Ehegatten begangen wurde. Denn in allen diesen Fällen handelt es sich nichts desto weniger um einen wirklich begangenen Diebstahl, wie auch der Wortlaut des Gesetzes zu erkennen gibt. Der Antrag im Sinne des § 247 Abs. 1 ist bloße Prozeßvoraussetzung, Abs. 2 enthält einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Liegen aber Gründe vor, die die Schuld oder die Rechtswidrigkeit des Täters

ausschließen, so ist wegen Fehlens subjektiver Tatbestandsmerkmale das Delikt als solches nicht vorhanden, und es kann sich dann nur um einen Fall des sonst Abhandenkommens handeln [1]). Wenn ein Jugendlicher den Diebstahl begeht, wird die Entscheidung davon abhängen, ob man in dem jugendlichen Alter einen Straf- oder einen Schuldausschließungsgrund erblickt. Soweit es sich in § 248 a und § 370 Ziff. 5 St.B.G. um eine Entwendung handelt, bestehen keine Bedenken, auch den sogenannten Notdiebstahl und Mundraub unter den Begriff „gestohlen" zu subsumieren. Da dieser aber restriktiv ausgelegt werden muß, scheiden alle anderen strafrechtlichen Tatbestände aus, die sich als andersartige Delikte charakterisieren, mögen darin auch sämtliche Merkmale des Diebstahls enthalten sein wie z. B. beim Raub [2]). Erst recht zählen die erpreßten Sachen nicht zu den gestohlenen [3]) und vor allem nicht die unterschlagenen, weil der deutschrechtliche Begriff des Diebstahls, nicht der römischrechtliche Furtumsbegriff das geltende Recht beherrscht. Bei der Unterschlagung des vertraglichen Besitzmittlers handelt es sich gerade überhaupt nicht um eine abhanden gekommene Sache, während die Fundunterschlagung eine verlorene Sache voraussetzt und die Unterschlagung des Besitzdieners sich als Fall des sonst Abhandenkommens darstellt.

Was unter dem Begriff „verloren" zu verstehen ist, sagt das Gesetz selbst nirgends. Da man aber auch im täglichen Leben alle diejenigen Sachen als verloren bezeichnet, die gefunden werden können, so liegt der Hinweis auf die Fundvorschriften des BGB. nahe genug. Daß im § 965 von einer verlorenen Sache die Rede ist, während im § 935 Abs. 1 der entsprechende Ausdruck genau genommen „verloren gegangen" heißt, darf zunächst als reine Äußerlichkeit hingenommen werden, weil die verschiedene Ausdrucksweise sich jeweils dem übrigen Wortlaut des Gesetzes besser anpaßt. Es ist also davon auszugehen, daß der Begriff „verloren" im § 935 Abs. 1 genau so ausgelegt werden muß wie im § 965. Danach sind alle besitzlos, aber nicht herrenlos gewordenen Sachen „verloren" [4]).

Bei der Identifizierung der Begriffe im § 935 Abs. 1 und § 965 gerät indessen die herrschende Lehre unweigerlich in einen Widerspruch. Denn auch die verlorenen Sachen zählen nach dem Wortlaut des § 935 Abs. 1 zu den abhanden gekommenen, während

[1]) a. A. Riese, S. 26; Lamza S. 21; Lämmerhirt S. 41.
[2]) a. A. Binding, S. 13 und die in Anm. 1 Zitierten.
[3]) a. A. Binding a. a. O.
[4]) Wolff, § 82 I 1.

nach § 965 eine Sache verloren sein kann, die der Besitzer freiwillig preisgegeben hat[5]). M. E. beweist allein schon die Kennzeichnung der verlorenen Sachen als abhanden gekommene im § 935 Abs. 1, daß auch bei freiwilligem Besitzverlust ein Abhandenkommen möglich ist. Denn alles das, was die herrschende Lehre zur Klärung jenes Widerspruches unternimmt, erscheint in hohem Maße gekünstelt. Gibt sie die Identifizierung der Tatbestandsmerkmale in § 935 Abs. 1 und § 965 nicht auf, so kann sie schlechterdings nicht zu einer befriedigenden Lösung gelangen. Wenn Wolff[6]) als Ergebnis die Feststellung trifft, daß es trotz der Fassung des § 935 „verlorene" Sachen gebe, die nicht „abhanden gekommen" seien, so erklärt er eben einfach den Gesetzestext selbst für falsch. Andererseits widerspricht es jedem natürlichen Rechtsempfinden, die Begriffe in § 935 Abs. 1 und § 965 zu trennen, indem man im ersten Falle eine restriktive, im zweiten Falle eine extensive Auslegung für angebracht erachtet[7]). Diese Unterscheidung beruht auf der irrigen Auffassung von der Regel „Hand wahre Hand". Die Unrichtigkeit tritt durch die Aufnahme des Begriffs „verloren" im § 935 Abs. 1 klar zu Tage, der bei verständiger Würdigung keinen anderen Sinn haben kann als im § 965.

Dennoch und trotz allem besteht eine Verschiedenheit zwischen § 935 Abs. 1 und § 965. Aber diese liegt nicht im Begriff „verloren" selbst, sondern in dem übrigen Wortlaut der ersten Gesetzesbestimmung. § 965 redet ganz allgemein von verlorenen Sachen, die Person des Verlierers ist gleichgültig. § 935 Abs. 1 legt dagegen auch auf die Person des Verlierers Gewicht. Zwar tauchen die Begriffe „gestohlen" und „verloren" im § 935 Abs. 1 Satz 2 der Einfachheit halber nicht wieder auf. Ebenso gut hätten sie aber auch hier mit aufgeführt werden können. Insbesondere ergibt sich aus § 1007 Abs. 2, daß nicht nur dem Eigentümer, sondern auch jedem anderen unmittelbaren Besitzer Sachen gestohlen werden und verloren gehen können. Eine Sache wird dem Besitzmittler gestohlen, wenn sie aus seinem Gewahrsam weggenommen wird (vgl. § 242 St.G.B.). Sie geht nur ihm und nur dann verloren, wenn er den Besitz unfreiwillig verliert. Undenkbar ist es, daß sie

---

[5]) abweichend Staudinger zu § 965.

[6]) Wolff a. a. O. S. 251 oben.

[7]) So Planck zu § 965; Pillmann S. 47 ff.; Lämmerhirt S. 43 unten ff.; Lamza, S. 27 unten ff.; u. A. Daß der Begriff „verloren" gegenüber dem „sonst abhanden gekommen" restriktiv ausgelegt werden muß, hat hiermit nichts zu tun.

ihm auch bei einer Besitzaufgabe verloren geht. Läßt [8]) der Verwahrer A den Hund des B auf freiem Felde laufen, um zu sehen, ob das Tier sich zur Wohnung zurückfindet, so ist ihm der Hund nicht verloren gegangen, falls dieser nicht zurückfindet. A rechnet mit der Eventualität des Besitzverlustes. Der Fall liegt nicht anders, als wenn A den Hund von seinem Hause wegjagt, damit dieser nicht wiederkommt. Auch wenn nur eine reine Besitzaufgabe vorliegt, kann A nicht der Verlierer sein. Man könnte nun meinen, daß dem Eigentümer B der Hund verloren gehe. Aber diese Annahme widerspricht dem Gesetz selbst. Dann müßte auch dem Eigentümer der Hund verloren gehen, wenn er seinem Besitzmittler verloren geht. Und schließlich müßte auch dem Eigentümer jede Sache abhanden kommen, wenn sie ohne seinen Willen dem unmittelbaren Besitzer abhanden kommt. § 935 Abs. 1 Satz 2 wäre überflüssig [9]).

Obwohl in dem eben erwähnten Beispiel der Hund weder dem Eigentümer noch seinem Besitzmittler verloren geht, bildet er für den Eigentümer eine verlorene Sache im Sinne des § 965. Denn hier kommt es nur darauf an, daß die Sache besitzlos wird, ohne herrenlos zu werden. Dies trifft auch zu, wenn der geschäftsunfähige Eigentümer Sachen wegwirft oder wenn ein geschäftsfähiger Eigentümer derelinquiert und die Eigentumsaufgabe wegen Irrtums anficht, so daß die Sache hierdurch rückwirkend zur verlorenen wird. Selbst durch die Anfechtung der Eigentumsaufgabe wird an der Tatsache der freiwilligen Weggabe nichts geändert, was Wolff [10]) veranlaßt, hier überall ein Verlieren, nicht ein Abhandenkommen anzunehmen. Zweifellos umfaßt aber der Begriff „verloren" im § 935 Abs. 1 alle diese Fälle. Nur mit Rücksicht auf den übrigen Gesetzeswortlaut erscheint ihre Subsumierung unter jenen Begriff unangebracht. Es liegt kein Grund vor, in den Fällen des freiwilligen Besitzverlustes den Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. eintreten zu lassen und lediglich bei unfreiwilligem Besitzverlust § 935 Abs. 1 anzuwenden. Die gesetzliche Kennzeichnung der verlorenen Sachen als abhanden gekommene zwingt vielmehr dazu, die verlorenen Sachen, soweit sie infolge Besitzaufgabe weder dem Eigentümer noch einem anderen unmittelbaren Besitzer verloren gegangen sind, als „sonst abhanden gekommen" zu behandeln.

---

[8]) vgl. Henle a. a. O., S. 18.
[9]) vgl. oben S. 32.
[10]) Wolff a. a. O. S. 250.

Um zu zeigen, daß „verlorene" Sachen auch trotz der Fassung des § 935 nicht „abhanden gekommen" sein können, führt Wolff [10]) noch als weiteren Fall an, daß ein Dieb bei der Flucht das gestohlene Gut wegwerfe. Dieses Beispiel ist indessen ganz verfehlt. Für den Eigentümer ist die Sache zur verlorenen geworden, nachdem sie vorher schon abhanden gekommen bezw. ihm oder einem anderen unmittelbaren Besitzer gestohlen worden war. Dem Dieb ist die Sache wegen seiner Besitzaufgabe nicht verloren gegangen. Für ihn ist die Sache auch keine verlorene, weil seine Empfangsberechtigung eben wegen der Besitzaufgabe nicht existiert. Er hat ein Recht auf Besitz nie gehabt und weder eine condictio possessionis noch einen Anspruch aus § 681 erworben. Der Finder erlangt in diesem Falle den Besitz bestimmt nicht erst auf Kosten des Diebes, d. h. aus dessen Vermögensbereich. Auch braucht er ihm gegenüber nicht die Verpflichtungen eines auftragslosen Geschäftsführers zu erfüllen, weil für den Dieb eine Geschäftsbesorgung bezüglich der Sache überhaupt nicht mehr erfolgen konnte.

Verloren sind insbesondere alle durch Naturgewalt aus dem Besitz entführten Sachen, dagegen nicht immer die vergessenen und niemals die bloß verlegten Sachen, da nach § 856 Abs. 2 der Besitz durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht beendigt wird. Lasse ich meinen Spazierstock in der Wohnung meines Freundes stehen, so dürfte der Stock nicht erst besitzlos geworden sein, wenn der Freund ihn für mich sofort in Verwahrung nimmt. Anders, wenn ich meinen Stock auf einer Bank der städtischen Wallanlagen vergesse. Hier wird die Sache besitzlos, bevor ein Dritter sie findet. Weiß ich nicht mehr, wo ich ein bestimmtes Geldstück gelassen habe, so ist es mir deshalb noch nicht verloren gegangen. Solange es sich im Futter meines Anzuges, den ich trage, befindet, habe ich es noch in meinem Besitz. Wenn es mir aber in meinem Garten aus der Tasche gefallen und sodann von meinem Hunde verscharrt worden ist, dann habe ich es nicht bloß verlegt, sondern verloren, mag ich es auch später beim Umgraben selbst wiederfinden [11]).

Entlaufene und entflogene Tiere gehen nicht verloren, soweit sie nicht nur besitzlos sondern auch herrenlos werden, was bei wilden Tieren gemäß § 960 Abs. 2 und 3 zutrifft. Diese Tiere fallen dann unter die Rubrik „sonst abhanden gekommen" [12]); jedoch er-

[11]) vgl. auch die Beispiele bei Wolff a. a. O. Anm. 2.
[12]) so richtig Wolff a. a. O., I 2.

langt § 935 Abs. 1 hier keine Bedeutung, weil kein Eigentümer geschützt zu werden braucht. Zahme Tiere können dagegen verloren gehen, weil sie nur durch Dereliktion herrenlos werden. Auch die entlassene Brieftaube[13]) geht mir verloren, wenn sie die consuetudo revertendi ablegt. Der Besitzverlust tritt dann ohne meinen Willen ein, mag ich auch das Fortbleiben der Taube selbst dadurch ermöglicht haben, daß ich sie in die Freiheit ließ.

In allen Fällen des Verlorenseins erwirbt der gutgläubige Dritte, dem die Sache vom Finder veräußert wird, kein Eigentum. Doch muß gerade hier ganz besonders die Möglichkeit des gesetzlichen Eigentumserwerbes beachtet werden. Nach §§ 973 ff. erwirbt der Finder unter bestimmten Voraussetzungen das Eigentum an einer verlorenen Sache. Wird diese nunmehr von ihm an einen Dritten veräußert, so handelt es sich überhaupt nicht mehr um die Verfügung eines Nichtberechtigten.

---

§ 6.

Abhandenkommen infolge fehlender Geschäftsfähigkeit oder eines Willensmangels.

I.

Da der Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. entsprechend dem Satze „Hand wahre Hand" eine Besitzmittlungsvertragskette für den Eigentümer voraussetzt, muß jeder einzelne Vertrauensmann voll geschäftsfähig sein. Auch beschränkt Geschäftsfähige können einen Besitzmittlungsvertrag nicht ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters schließen, da ein solches Rechtsgeschäft ihnen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (vgl. § 107 BGB.). Derjenige, der den mittelbaren Besitz zurückbehält, gibt den unmittelbaren auf; derjenige, der den unmittelbaren empfängt, übernimmt die Herausgabepflicht. Ist auch nur ein einziger Vertrauensmann oder etwa der Eigentümer selbst nicht voll geschäftsfähig, so ist der Zusammenhang unterbrochen und die Sache nicht anvertraut, sondern dem Eigentümer oder demjenigen unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen, der die Sache einer nicht voll geschäftsfähigen Person anvertraute.

[13]) s. Fall in J. W. 1926, S. 2237 und dazu Henle ebenda.

Wenn der Eigentümer selbst eine Sache nach §§ 929 ff. veräußert, dann muß er natürlich ebenfalls voll geschäftsfähig sein. Trifft dies nicht zu, so hat der Erwerber kein Eigentum erworben, und der bisherige Eigentümer kann die Sache, soweit sie abhanden gekommen ist, von jedem gutgläubigen Dritterwerber vindizieren. Im Falle des § 929 Satz 1 ist die Sache dem Eigentümer persönlich abhanden gekommen. Beim beschränkt geschäftsfähigen Eigentümer braucht allerdings nur der gesetzliche Vertreter seine Genehmigung zu erklären, damit die Übereignung gültig wird. Andererseits darf der Erwerber gleichfalls nicht geschäftsunfähig sein. Beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt dagegen hier auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Denn der abstrakte Eigentumserwerb bringt dem beschränkt Geschäftsfähigen lediglich einen rechtlichen Vorteil.

Im Falle des § 934, 2. Alt. ist der nichtberechtigte Veräußerer eventuell nie vertraglicher Besitzmittler gewesen. Der Dritte hingegen, von dem der Erwerber erst den Besitz erlangen muß, darf als Vertrauensmann nur voll geschäftsfähig sein, es sei denn, daß er bei beschränkter Geschäftsfähigkeit die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zum Abschluß des Besitzmittlungsvertrages erhielt. Für den Veräußerer gilt entsprechendes wie für den richtigen Eigentümer, der nach §§ 929 ff. die Sache übereignet. Der Erwerber muß in sämtlichen Fällen des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten nach §§ 932 ff. mindestens beschränkt geschäftsfähig sein.

Auf diese Weise ergibt sich ein äußerst annehmbares Resultat [1]). Ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ist nur durch Vermittlung und Veräußerung einer voll geschäftsfähigen Person möglich. Beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt grundsätzlich nur, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilt. Diese Auffassung bietet einen starken Kontrast zu der herrschenden Lehre, nach der es ganz gleichgültig ist, wie die Sache in die Hände des nichtberechtigten Veräußerers gelangte, sofern sie nur dem unmittelbaren Besitzer nicht ohne seinen Willen aus seinem Besitz kam [2]). Überwiegend ist man zu der Ansicht gelangt, daß dieser Wille kein rechtlicher, sondern nur ein rein tatsächlicher zu sein brauche. Danach kann der beschränkt geschäftsfähige Eigentümer seine Sache stets auch ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters derartig weggeben, daß ein gutgläubiger

[1]) a. M. Oertmann S. 580 ff., der sich dafür einsetzt, daß auch der geschäftsunfähige Eigentümer seines Eigentums verlustig gehen kann!

[2]) vgl. Wolff § 15 I 2.

Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. daran möglich wird, weil jeder freiwillige Besitzverlust das Abhandenkommen ausschließt.

II.

Aber damit nicht genug. Die herrschende Lehre kommt sogar zu einer noch unbilligeren Konsequenz: Auch ein Geschäftsunfähiger, der durch Drohungen von Erwachsenen eingeschüchtert wird, gibt bei Vorhandensein eines ganz geringfügigen Vernunftsgrades seine Sache derartig fort, daß sie ihm nicht abhanden kommt. Dieser Fall greift bereits in das Gebiet der Willensmängel hinüber. Da nach der herrschenden Meinung ein rein tatsächlicher Wille in Rede steht, so muß nach ihr, streng genommen, jeder rechtlich bedeutsame Willensmangel für die Frage des Abhandenkommens irrelevant sein. Die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes kann als Realakt nicht wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung angefochten werden. Indessen hat es nicht an Versuchen gefehlt, ein rechtsgeschäftliches Moment bei der Besitzaufgabe festzustellen oder im einzelnen Unterscheidungen zu machen [3]). So soll z. B. die Weggabe einer Sache infolge Verwechslung und Zwang kein freiwilliger Besitzverlust sein [4]). Alle diese Kontroversen werden fast völlig vermieden, sobald das Abhandenkommen als Nichtanvertrauen aufgefaßt wird. In dem Erfordernis der Besitzmittlungsvereinbarung als Voraussetzung für den Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. kommt das rechtsgeschäftliche Moment eindeutig zum Ausdruck.

Bei der Behandlung der Willensmängel können §§ 116 bis 118 unberücksichtigt bleiben. Welche Rolle eine nichtige Willenserklärung bei der Frage des Abhandenkommens spielt, ist bereits hinreichend hervorgehoben. Hier interessieren nur die infolge Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung anfechtbaren Rechtsgeschäfte. Der Klarheit halber seien zunächst einige allgemeinere Bemerkungen wiederholt.

Grundsätzlich genügt zur Besitzmittlungsvereinbarung, die §§ 932 ff. voraussetzen, ein anfechtbarer Vertrag, weil dieser bis zur Anfechtung den vertraglichen Rückgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer bestehen läßt. Sobald aber ein Vertragsteil seine Erklärung erfolgreich anficht, fällt der ganze Besitzmittlungsvertrag mit rückwirkender Kraft in sich zusammen. Die Sache ist nunmehr demjenigen unmittelbaren Besitzer, der die Sache anfechtbar anvertraute, von Anfang an abhanden gekommen, sofern nicht sein Vertrags-

[3]) s. Wolff, § 11 I, insbesondere Anm. 3 und die dort angegebene Literatur.
[4]) s. unten Anm. 5 und 6.

gegner sie ihm wieder zurückgibt. Ein gutgläubiger Dritter, dem im Zwischenstadium der bloßen Anfechtbarkeit der scheinbare Vertrauensmann die Sache veräußerte, wird nicht geschützt. Der Rückschluß aus § 142 Abs. 2 versagt in diesem Fall, wie bereits oben im § 3 dargelegt wurde. Danach wird ein gutgläubiger Eigentumserwerb nachträglich wieder aufgehoben, sobald die Anfechtung eines vor der Übereignung abgeschlossenen Besitzmittlungsvertrages erfolgt. Nur dann wird ein gutgläubiger Dritter geschützt, wie sich argumentum e contrario aus § 142 Abs. 2 ergibt, wenn ihm die Sache von jemandem veräußert wurde, dem sie der Eigentümer nach §§ 929 ff. oder der Nichteigentümer nach §§ 932 ff. anfechtbar übereignet hatte. Im übrigen kann die infolge gültiger Übereignung abhanden gekommene Sache vom alten Eigentümer vindiziert werden, sobald die Veräußerung seitens einer Vertragspartei wirksam angefochten wird. Der Unterschied in der Anfechtungswirkung eines Besitzmittlungsvertrages und einer Übereignung, die dem Erwerber den unmittelbaren Besitz verschaffte, beruht also darin, daß im ersten Falle die Sache rückwirkend zur abhanden gekommenen wird, während sie im zweiten Falle schon durch den Übereignungsakt abhanden gekommen war, aber jetzt erst seitens des bisherigen Eigentümers als abhanden gekommene von jedem gutgläubigen Dritten vindiziert werden kann, soweit nicht der Rückschluß aus § 142 Abs. 2 Platz greift. Wenn aber der Erwerber durch den Übereignungsakt an sich keinen unmittelbaren Besitz erlangt, sondern ihn vor oder nach der Übereignung erwirbt, so kommt es darauf an, ob die Sache ihm dann anvertraut wird. Im Falle des § 932 Abs. 1 Satz 2 muß die Sache vor der Übereignung dem Erwerber anvertraut gewesen sein. Die Anfechtung einer solchen Übereignung verhindert daher niemals den gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten.

Im einzelnen muß bei der Anfechtung einer Übereignung oder einer Besitzmittlungsvereinbarung wegen Irrtums der Fall berücksichtigt werden, daß ein Besitzdiener als Bote seines Besitzherrn dessen Übereignungs- bezw. Anvertrauenserklärung irrtümlich falsch übermittelt. Hier kann der Besitzherr gemäß § 120 anfechten, so daß ein gutgläubiger Eigentumserwerb vom Adressaten nicht möglich wird. Anders, wenn der Besitzdiener die Erklärung bewußt unrichtig übermittelt, weil er dann nicht mehr die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn ausübt, sondern diesem den Besitz selbst entzieht. Hier besteht keine Anfechtungsmöglichkeit. Sie ist auch überflüssig, weil schon die Entziehung des Besitzdieners das Abhandenkommen herbeiführt.

Bei der Anfechtung eines Besitzmittlungsvertrages wegen Irrtums wird die Frage akut, ob nicht bei einem Identitätsirrtum, also bei einer Verwechslung, die Anfechtung überhaupt entbehrlich ist, um die Sache rückwirkend zur abhanden gekommenen zu machen. Denn auch auf Grund der Besitzmittlungsvereinbarung muß die Sache freiwillig übergeben werden, um anvertraut zu sein, und man könnte meinen, daß die Weggabe infolge Verwechslung nicht freiwillig erfolge [5]). Da aber nach herrschender Ansicht zur Weggabe des unmittelbaren Besitzes das Vorhandensein eines rein tatsächlichen Willens ausreicht, so muß freiwilliger Besitzverlust angenommen werden. Die Übergabe ist von einem rein tatsächlichen Willen getragen, mag dieser Wille sich auch in falscher Richtung betätigen. Vertraue ich jemandem mein Pferd Cäsar an, weil ich es irrtümlich für mein Pferd Ajax halte, so will ich allerdings nicht Cäsar anvertrauen, wohl aber das gerade vor mir stehende Pferd, weil ich denke, es sei Ajax. Auch die infolge Verwechslung getroffene Besitzmittlungsvereinbarung bedarf daher erst der Anfechtung, damit die Sache von einem gutgläubigen Dritterwerber als abhanden gekommen vindiziert werden kann.

Die gleiche Frage taucht bei der Anfechtung eines Besitzmittlungsvertrages wegen Drohung auf, die sich strafrechtlich als Erpressung darstellen kann. Auch hier muß die Entscheidung entsprechend ausfallen. Die Besitzweggabe ist rechtlich nur als freiwillige denkbar, selbst wenn sie erst auf Drohungen hin erfolgte [6]). Bei physischem Zwang liegt überhaupt keine Weggabe, sondern gewaltsame Entziehung vor. Bei psychischem Zwang ist der eigene Wille zwar beeinflußt, aber abgesehen vom Fall des absoluten psychischen Zwanges (Hypnose) gleichwohl vorhanden. Und das genügt, trotzdem der freiwillige Besitzverlust in Rede steht. Denn freiwilliger Besitzverlust bedeutet nichts anderes als willentlicher Besitzverlust im Gegensatz zum nichtwillentlichen [7]). Zur Beseitigung einer Willensbeeinflussung bedarf es nach der Rechtsordnung erst der Anfechtung. Soweit diese nicht möglich ist, kann es auf eine Beeinflussung des Willens nicht ankommen. Auch die infolge Drohung getroffene Besitzmittlungsvereinbarung muß daher erst angefochten sein, sofern die Sache nicht schon durch andere Umstände abhanden kam.

---

[5]) So Pillmann, S. 28; Lämmerhirt, S. 34. Richtig Lamza, S. 56.
[6]) Dernburg, § 103, 2 stellt dagegen diesen Fall dem Diebstahl gleich.
[7]) Richtig Fuld, Arch. f. zivil. Pr. 89, S. 404 ff.

Bei der arglistigen Täuschung, die sich strafrechtlich als Betrug darstellen kann, dürften der Annahme des freiwilligen Besitzverlustes keinerlei Bedenken entgegenstehen. Denn hier wird gerade durch Vorspiegelung falscher oder Verschweigung wahrer Tatsachen die freiwillige Weggabe einer Sache erreicht. Die Anfechtung des Besitzmittlungsvertrages spielt daher eine entscheidende Rolle. Im übrigen bietet die Behandlung der Willensmängel bei der Auslegung des Begriffs „abhanden gekommen" im Sinne des Textes keine Schwierigkeiten.

---

§ 7.

Abhandenkommen von Erbschaftssachen.

Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über. Diesem steht der Besitz rechtlich zu, mag auch die tatsächliche Gewalt von ihm nicht ausgeübt werden. Hat ein Nichterbe Erbschaftssachen an sich genommen, bevor der Erbe die tatsächliche Gewalt ergriffen hat, so verletzt er den rechtmäßigen Erbenbesitz durch verbotene Eigenmacht. Dem Erben sind die betreffenden Gegenstände abhanden gekommen. Wenn daher ein Erbschaftsbesitzer Nachlaßstücke veräußert, wird der gutgläubige Erwerber nicht geschützt. Hiermit stehen die §§ 2018 und 2030 im Einklang, welche dem Erben den Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer und jeden Dritterwerber gewähren. Ein Dritter erlangt nur gemäß § 2366 Eigentum, falls dem Veräußerer ein Erbschein erteilt war.

Nicht anders als eine Veräußerung des Erbschaftsbesitzers dürfen Verfügungen des Testamentsvollstreckers beurteilt werden, die dieser über den Rahmen seines Verwaltungsrechts hinaus trifft. Denn die im Besitz des Testamentsvollstreckers befindlichen Erbschaftssachen sind dem Erben abhanden gekommen, weil zwischen beiden Personen keine Besitzmittlungsvereinbarung getroffen wurde.

Wird ein Erbanfall rückgängig gemacht, z. B. bei Ausschlagung der Erbschaft, Anfechtung der Annahme, Anfechtung des Testaments, Erbunwürdigkeit, so wird der schließliche Erbe mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls Besitzer der Nachlaßsachen[1]). Indessen

[1]) Wolff § 12 I 2.

ist es möglich, daß der vorläufige Erbe vor der Ausschlagung usw. den Besitz an der Erbschaft tatsächlich ergriffen hatte, wodurch er sich in Widerspruch mit dem rechtmäßigen Besitz des schließlichen Erben setzte. Auch hier muß angenommen werden, daß die betreffenden Sachen dem schließlichen Erben abhanden gekommen waren; nur unaufschiebbare Verfügungen des vorläufigen Erben sind gemäß § 1959 Abs. 2 wirksam. Was Kipp [2]) dagegen geltend macht, kann bei unserer Auslegung des Begriffs „abhanden gekommen" nicht als stichhaltig anerkannt werden. Nicht darauf kommt es an, ob der vorläufige Erbe nachträglich als „ein eigenmächtiger Eindringling" behandelt werden darf, sondern das Fehlen der Besitzmittlungsvereinbarung zwischen vorläufigem und schließlichem Erben muß allein schon den Ausschlag geben. Dem steht der Satz „der Tote erbt den Lebendigen" und der Einwand, das das Gesetz dem vorläufigen Erben die Besitznahme gestatte (vgl. § 858 Abs. 1), keineswegs entgegen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein testamentarischer Erbe Nachlaßstücke in Besitz genommen hat und sich nachträglich ein neues Testament findet, daß das alte wieder umstößt und einen anderen als Erben bestimmt [3]). Auch hier war mit der Besitzergreifung des Scheinerben der betreffende Gegenstand dem wirklichen Erben abhanden gekommen. Trotzdem kann in den erwähnten Fällen immer noch der Schutz eines gutgläubigen Drittserwerbers gemäß § 2366 eintreten.

Das Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben beim Eintritt des Nacherbfalls ist ebenfalls ganz nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Die zu einer Erbschaft gehörige Sache kommt an sich dem lebenden Vorerben abhanden [4]), wenn nunmehr der Nacherbe den unmittelbaren Besitz kraft Gesetzes erwirbt und auch seiner Sachherrschaft Hindernisse tatsächlicher Natur nicht im Wege stehen. Jedoch hat dies keine praktische Bedeutung, weil der Nacherbe gleichzeitig das Eigentum erwirbt.

Wird eine in Miterbschaft stehende Sache von einem einzelnen Miterben ausschließlich in Besitz genommen, ohne daß sie ihm von den übrigen Miterben anvertraut wurde, so kommt sie diesen übrigen abhanden. Hier wird es sich meist um einen Diebstahl handeln weil gewöhnlich der Mitgewahrsam gebrochen wird.

---

[2]) Kipp, § 51 Anm. 8.
[3]) vgl. Rosenberg, S. 56.
[4]) a. A. Wolff § 15 I 2.

§ 8.

Abhandenkommen von Bestandteilen und Früchten.

Daß Bestandteile einer abhanden gekommenen Sache ebenfalls abhanden gekommen sind, dürfte unzweifelhaft sein. Wollte man das Gegenteil annehmen, so brauchte ja jeder Dieb nur die gestohlene Sache in einzelne Teile zu zerlegen, um sie an einen gutgläubigen Dritten wirksam veräußern zu können. Alle diejenigen Teile einer Sache, die den Bestand derselben zur Zeit des Abhandenkommens ausmachen, sind eo ipso ebenfalls abhanden gekommen. Dagegen hat alles das, was nachträglich hinzugefügt wird, mit dem Abhandenkommen an sich nichts zu tun. Dennoch kann der neu hinzugefügte Teil mit der abhanden gekommenen Sache derartig verwachsen, daß er rechtlich nicht anders als die Sache selbst beurteilt werden kann, nämlich dann, wenn er ein wesentlicher Bestandteil von ihr wird und die Sache ihm gegenüber als Hauptsache erscheint. In diesem Falle erwirbt der Eigentümer der abhanden gekommenen Sache nach § 947 Abs. 2 auch das Eigentum an dem neuen wesentlichen Bestandteil. Veräußert der Dieb einen gestohlenen Wagen, in den er eine ihm gehörige Achse eingebaut hat, an einen gutgläubigen Dritten, so erlangt dieser kein Eigentum an der Achse, sondern muß dieselbe dem Eigentümer des Wagens mit herausgeben, während er die vom Dieb am Wagen angebrachte Laterne behalten kann.

Fraglich erscheint es, ob auch die Früchte und die zu den Früchten gehörenden Bestandteile einer abhanden gekommenen Sache den Makel des Abhandenkommens übernehmen. Nach der herrschenden Meinung kommen die Erzeugnisse nicht mit abhanden, weil sie gegenüber der Muttersache als neue Sachen erscheinen [1]), während Wolff [2]) es allgemein darauf abstellt, ob die Entstehung der Früchte in die Zeit vor oder nach dem Abhandenkommen der Sache fällt. Beide Ansichten sind abzulehnen. Die herrschende geht darin fehl, daß sie auch die im Zeitpunkt des Abhandenkommens bereits entstandenen Früchte mit erfolgter Trennung als neue Sachen betrachtet, während diese in Wirklichkeit nur eine selbständige Bedeutung erlangen. Wolffs Unterscheidung stößt indessen nicht nur auf praktische Schwierigkeiten, sondern führt auch zu ungerechten Ergebnissen. Es ist nicht einzusehen, warum der Dieb einer Kuh, die nach dem Dieb-

[1]) Abweichend Staudinger § 935 I 1 c, der das Abhandenkommen von der Minderung der Sache abhängig macht.
[2]) Wolff § 69 I 3; § 77 IV 5 c. Dagegen richtig Fressel, S. 52.

stahl trächtig wird, später deren Kalb wirksam veräußern kann, während ihm dies versagt sein soll, wenn er eine bereits trächtige Kuh gestohlen hat. Der Vergleich mit den sonstigen Bestandteilen ist hier unangebracht. Was als neuer Bestandteil bei einer abhanden gekommenen Sache hinzugefügt wird, darf nicht mit der neu aus ihr entstandenen Frucht gleichgestellt werden. Aus einer abhanden gekommenen Sache kann nur etwas entstehen, was dem Eigentümer oder dem früheren unmittelbaren Besitzer der Sache gleichfalls abhanden gekommen ist. Der Keim zum Individuum, der nach Planck [3]) bereits im Zeitpunkt des Abhandenkommens der Muttersache nachweisbar gelegt sein muß, ist für den juristischen Fruchtbegriff überhaupt nicht notwendig. Auch der Einwand [4]), daß die neu entstandene Frucht niemals im unmittelbaren Besitz dessen stand, dem die Muttersache abhanden kam, muß zurückgewiesen werden. Unmittelbarer Besitz kann an Früchten vor der Trennung niemals anders bestehen als im Besitz an der Muttersache. Es muß daher auch genügen, wenn die Muttersache selbst abhanden kommt. Überall dort, wo der Besitz der Muttersache nicht anvertraut wird, kommen auch die sämtlichen Früchte dem Besitzer abhanden, mögen sie nun schon entstanden sein oder erst nachträglich zur Entstehung gelangen. So weit aber der unmittelbare Besitz an den Früchten schon vor der Trennung im Besitze an der Muttersache bestand, können die Früchte auch abhanden kommen, wenn die Muttersache selbst nicht abhanden kommt. Die Äpfel, die ein Dieb sich in meinem Garten vom Apfelbaum pflückt, sind mir gestohlen worden. Die Eier, die das Huhn in des Nachbars Garten legt, sind mir verloren gegangen, obwohl das Huhn über den Zaun zurückzufliegen pflegt [5]). Ganz ähnlich liegt der Fall des § 911 Satz 2, während im Falle des § 911 Satz 1 die hinüberfallenden Früchte als Früchte des Nachbargrundstücks gelten [6]).

Wie die direkte Anwendung des § 935 den gutgläubigen Eigentumserwerb nach §§ 932 ff. ausschließt, so verhindert die Analogie des § 935 in jenen Fällen den Erwerb nach § 955 oder § 957 [7]). Anstattdessen erlangt der Eigentümer der Muttersache gemäß § 953 auch das Eigentum an den selbständig gewordenen

[3]) Planck § 935 Ziff. 5.
[4]) s. Pillmann, S. 54.
[5]) a. A. Gnatzy, S. 45.
[6]) Kraft dieser Fiktion geht auch der Besitz auf den Besitzer des Nachbargrundstücks über. Richtig Biermann § 911 Ziff. 1. A. A. Wolff § 54 II.
[7]) vgl. Wolff § 77 III 4, IV 5c. A. A. bezügl. § 955 Planck zu § 957, 2 b γ.

Früchten. Nach § 955 kann also der gutgläubige Eigenbesitzer und der gutgläubige Nutzungsbesitzer nur Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen erwerben, wenn die Sache bezw. Frucht selbst dem Eigentümer oder dem früheren Besitzer nicht abhanden gekommen war. Nach § 957 erwirbt derjenige, dem die Aneignung von einem Nichtberechtigten gestattet wird, das Eigentum an Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache (je nachdem ihm der Besitz der Sache mit der Trennung oder mit der Besitzergreifung) überlassen ist oder nicht, nur dann, wenn die Sache bezw. Frucht und Bestandteil selbst nicht abhanden gekommen war.

Aus alledem scheint sich ein Widerspruch mit den Bestimmungen §§ 987 ff. zu ergeben, wonach der gutgläubige Besitzer die zu seiner Besitzzeit getrennten Früchte dem vindizierenden Eigentümer nur herauszugeben braucht, sofern sie nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogen werden. Aber wird einmal die Analogie des § 935 auf den Erwerb nach § 955 und § 957 angewandt, so sind auch hier die Konsequenzen unvermeidlich. Der gutgläubige Besitzer muß die abhanden gekommenen Früchte stets herausgeben, auch wenn dieselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gezogen werden. § 987 Abs. 1 ist vernünftigerweise so auszulegen, daß der Rückschluß aus dieser Bestimmung schlechterdings nur die nicht abhanden gekommenen Früchte umfaßt.

---

§ 9.

Schluß.

Zweck der Arbeit war, auf die Schwächen der herrschenden Lehre aufmerksam zu machen und unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung ein rechtsgeschäftliches Moment im Begriff „abhanden gekommen" aufzudecken, das mit der Regelung des BGB. sehr wohl in Einklang gebracht werden kann. Sogar diejenigen, denen die hier vertretene Auslegung jenes Begriffes insbesondere wegen der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zu weit gehen sollte, werden zugeben müssen, daß die einfache Besitzaufgabe ohne gleichzeitigen Eigentumsverzicht nichts mit dem Satz „Hand wahre Hand" in den §§ 932 ff. zu tun hat und daher auch nicht das

Abhandenkommen im Sinne von § 935 Abs. 1 ausschließt[1]). Die Regelung im 1007 und die Aufnahme des Begriffs „verloren" im § 935 Abs. 1 verlangen geradezu, daß das Abhandenkommen nicht mit jedem unfreiwilligen Besitzverlust gleichgestellt wird, vielmehr auch Fälle des freiwilligen Besitzverlustes umfaßt. Was gewöhnlich gegen eine extensive Auslegung des § 935 Abs. 1 geltend gemacht wird, entpuppt sich bei Licht betrachtet als oberflächliche Argumentation. Möge auch die Praxis das erkennen und die Rechtssicherheit, die heute mehr denn je gefährdet ist, nicht völlig dem Idol der Verkehrssicherheit opfern!

---

[1]) vgl. Henle in J. W. 1926, S. 2237.